



FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA ACADEMICO PROFESIONAL DE DERECHO

**“Restitución del Derecho natural de ser padres: necesidad de legislar la
maternidad subrogada homologa en el Perú”**

TESIS PARA OBTENER EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADA

AUTOR:

Luisina Yuliana Gutierrez Torres

ASESOR:

Dra. Carmen Lucila Flórez Cuentas

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

DERECHO DE FAMILIA

TRUJILLO-PERÚ

2016

Gutierrez Torres Luisina.

Julio 2016.

Universidad Cesar Vallejo.

Copyright © 2016 por Gutierrez Torres Luisina Todos los derechos reservados.

DEDICATORIA

El presente trabajo está dedicado a mi madre e hija, a los sacrificios de cada una de ellas; Al altísimo creador de todo lo existen en la naturaleza y de estos seres maravillosos, que en conjunto hacen de lo existente, lo bello y sensible los cuales nos apoyan en nuestras derrotas y celebran nuestros triunfos, que sin ellos no hubiera podido lograrlo.

AGRADECIMIENTO

A nuestra docente Dra. Carmen Lucila Flórez Cuentas, quien es guía en nuestro aprendizaje, al encaminar nuestros pasos por los senderos de la sabiduría, compartiendo sus amplios conocimientos tras el único objetivo de sobresalir académicamente y la vocación de servicio a la sociedad.

INDICE

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

PRESENTACIÓN

RESUMEN

ABSTRAC

I.	PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	8
1.1.	Realidad problemática	9
1.2.	Formulación del problema. -	14
1.3.	Justificación. –	14
1.4.	objetivos	16
1.4.1.	objetivo General:	16
1.4.2.	objetivo específico:	16
1.	Hipótesis:	17
II.	METODO	18
2.1.	DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	19
2.2.	VARIABLES Y OPERACIONALIZACIÓN	20
2.3.	POBLACIÓN Y MUESTRA	20
1.	CARACTERIZACIÓN DE LOS SUJETOS (QUIENES INTERVIENEN)	20
2.4.	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS, VALIDEZ Y CONFIABILIDAD.....	21
2.5.	MÉTODO DE ANALISIS DE DATOS	21
2.6.	ASPECTOS ÉTICOS.	22
3.	MARCO TEÓRICO	23
	CAPITULO I	23
	TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA MATERNIDAD SUBROGADA	23
	SUB CAPITULO I.....	24

1.1.	TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA	24
1.1.1.	DEFINICIÓN:	24
1.1.2.	HISTORIA:	24
1.1.3.	CLASES:	28
A.	DE BAJA COMPLEJIDAD:	28
4.	COITO PROGRAMADO:	28
5.	INSEMINACIÓN ARTIFICIAL O INTRAUTERINA.	29
B.	DE ALTA COMPLEJIDAD	30
6.	FERTILIZACIÓN INVITRO (FIV).....	30
7.	CONGELACIÓN DE EMBRIONES.....	32
8.	TRANSFERENCIA INTRATUBÁRICA DE GAMETOS.....	33
9.	INYECCIÓN INTRACITOPLASMÁTICA DE ESPERMATOZOIDES.....	33
10.	OVODONACIÓN.....	34
C.	VARIABLES DE FECUNDACIÓN ASISTIDA.	35
a)	VIENTRE DE ALQUILER, MATERNIDAD SUBROGADA:	35
1.	DEFINICIÓN:	35
1.1.	TIPOS DE MATERNIDAD SUBROGADA:	37
1.1.1.	MATERNIDAD SUBROGADA HETERÓLOGA:	37
1.1.2.	MATERNIDAD SUBROGADA HOMÓLOGA:	38
1.2.	REGULACIÓN JURÍDICA:	38
b)	CLONACIÓN.....	40
1.	FINES DE LA CLONACIÓN:	41
1.1.	CLONACIÓN TERAPÉUTICA:	41
1.2.	CLONACIÓN REPRODUCTIVA.....	42
1.3.	REGULACIÓN JURÍDICA.....	42
	SUB CAPÍTULO II	43
	MATERNIDAD SUBROGADA.....	43
1.	HISTORIA.	43
2.	SUBROGACIÓN:	45
3.	MATERNIDAD:	46
a.	NOCIÓN:	46
b.	REGULACIÓN JURÍDICA:	47
4.	TRASTORNOS DE LA MATERNIDAD.....	48
4.1.	INFERTILIDAD.	49
4.2.	ENFERMEDADES QUE CONTRAINDICAN O LIMITAN LA FECUNDACIÓN EN LA MUJER.....	50
a.	CÁNCER FEMENINO DE CUELLO UTERINO.....	50
b.	BULIMIA Y ANOREXIA.	52
c.	INSUFICIENCIA RENAL.....	53
d.	CARDIOPATÍAS.....	54
5.	LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO MEDIO DE SOLUCIÓN A LA INFERTILIDAD.	54
6.	TIPOLOGÍA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.	56
6.1.	MATERNIDAD SUBROGADA HETERÓLOGA.....	57

6.2. MATERNIDAD SUBROGADA HOMOLOGA	57
7. LA MATERNIDAD SUBROGADA HOMOLOGA COMO MEDIO DE SOLUCIÓN A LA CONTRAINDICACIÓN O LIMITACIÓN DE LA FECUNDACIÓN EN LA MUJER	57
CAPITULO II:	60
IMPACTO PSICOLÓGICO	60
IMPACTO PSICOLÓGICO DE LA LIMITACIÓN A LA FECUNDACIÓN EN LA MUJER Y LA PAREJA.	60
1. IMPACTO PSICOLÓGICO DE LA MADRE SUSTITUTA	63
2. IMPACTO PSICOLÓGICO DE LA PAREJA CONTRATANTE	64
3. IMPACTO PSICOLÓGICO DEL MENOR NACIDO BAJO LA TÉCNICA DE LA MATERNIDAD SUBROGAD.	65
CAPITULO III:	66
FILIACIÓN, MATERNIDAD SUBROGADA Y LOS DERECHOS COMPROMETIDOS EN EL EJERCICIO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA	66
SUB CAPITULO I	
FILIACION Y MATERNIDAD SUBROGADA	66
1. FILIACIÓN	66
1.1. CONCEPTO	66
1.2. TIPOS	69
A. FILIACION BIOLOGICA:	69
B. FILIACION JURÍDICA:	69
C. FILIACIÓN POR ADOPCIÓN	70
1.3. REGULACIÓN JURÍDICA.	70
2. TEORIAS PARA DETERMINAR LA MATERNIDAD.	71
2.1. TEORIA BIOLOGICA.	71
2.2. TEORIA GENETICA	72
2.3. TEORIA DE INTENCION O VOLITIVA.	72
3. COMO DETERMINAR LA FILIACIÓN MATERNA FILIAL EN LA MATERNIDAD SUBROGADA.	73
4. ANTECEDENTES DE FILIACIÓN EN LA MATERNIDAD SUBROGADA Y FALLOS RESPECTIVOS.....	76
A. EN EL PERÚ	76
1. OVODONACION	76
2. MATERNIDAD SUBROGADA HOMOLOGA: SEE AURISH.	77
B. EN EL EXTRANJERO.	78
1. ARGENTINA	78
2. MEXICO.	79
3. ESPAÑA.....	80
4. FRANCIA.....	81
5. ALEMANIA	81
SUB CAPITULO II	82
1. DERECHOS COMPROMETIDOS EN EL EJERCICIO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA	82

1.1. DERECHO NATURAL	82
1.2. DERECHO A PROCREAR:	83
1.3. DERECHO A LA IDENTIDAD	85
CAPITULO III:	86
LEGISLACIÓN PERUANA REFERENTE A LA MATERNIDAD SUBROGADA. ...	86
CAPÍTULO IV:	90
REFLEXIÓN DE LA IGLESIA FRENTE A LA MANTERNIDAD SUBROGADA. ...	90
CAPÍTULO V:	93
DERECHO COMPARADO REFERENTE A LA MATERNIDAD SUBROGADA	93
11. PAÍSES QUE HAN REGLAMENTADO LA MATERNIDAD SUBROGADA EXIGIENDO POR LO MENOS LA EXISTENCIA DEL NEXO BIOLÓGICO ENTRE UNO DE LOS PADRES DE INTENSIÓN.....	94
12. Estados Unidos	94
a. Tennessee.....	94
b. Arkansas.	94
c. Utah	94
d. Israel	95
13. PAÍSES EN LOS QUE SE REGULA LA MATERNIDAD SUBROGADA DE CUALQUIER MODALIDAD.	95
a. Rusia.....	95
b. México.....	95
c. Canadá	95
d. Ucrania.....	95
e. Grecia.....	96
f. Georgia	96
14. PAÍSES EN LO QUE ES INDIFERENTE LA MATERNIDAD SUBROGADA	96
a. Argentina.	96
b. Virginia Occidental – Estados Unidos.....	97
c. Japón.....	97
CAPITULO VI:	98
JURISPRUDENCIA:	98
1. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL REFERENTE A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.....	99
1.1. CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA.	99
2. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL REFERENTE A LA MATERNIDAD SUBROGADA HOMOLOGA.	101
2.1. Jurisprudencia Italiana.....	101
2.2. Jurisprudencia del Reino Unido de Gran Bretaña.	101
2.3. Jurisprudencia española.....	102
2.4. Jurisprudencia Estado Unidense –california	102
3. JURISPRUDENCIA NACIONAL REFERENTE A LA MATERNIDAD SUBROGADA HOMOLOGA.....	103

3.1. Exp. 183515-2006-0113. SEE AURICH.....	103
CAPITULO VII	106
PROYECTO DE LEY	106
15.	118
16. DESCRIPCIÓN DE RESULTADOS.....	118
17. DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	123
18. CONCLUSIONES.....	126
19. RECOMENDACIONES	129
20.	131
21. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	131
22. ANEXOS	136

Resumen

El objetivo del presente trabajo consiste en determinar bajo qué condiciones se debe de legalizar la **maternidad subrogada homologa** para **restituir el derecho natural** de ser padres, Mediante entrevistas, análisis de doctrina, jurisprudencia, derecho comparado y a partir de ello se pueda elaborar un proyecto de ley. El tipo de estudio es cualitativo, la muestra es el Perú, llegándose a encontrar que hay enfermedades que limitan la fecundación en mujeres aun siendo fértiles, además que la legislación peruana no cuenta con una ley específica para regular las técnicas de reproducción asistida, y que la ley general de salud N° 26842 en su artículo 7 limita el derecho natural de ser padres. Concluimos que el estado debe de legislar las técnicas de reproducción asistida de manera específica además de legalizar la maternidad subrogada homologa siendo esta la última opción de tener un hijo genéticamente propio.

Palabras claves: Derecho natural, maternidad, subrogación, homologa, reproducción asistida.

Abstract

The aim of this study is to determine under what conditions should legalize surrogacy homologous to restore the natural right of parenting, through interviews, analysis of doctrine, jurisprudence, comparative law and from it can develop a bill. The type of study is qualitative, the sample is Peru, arriving to find there are diseases that limit fertilization in women while being fertile, well that Peruvian law does not have a specific law to regulate reproductive technologies attended, and the General health law No. 26842 Article 7 limits the natural right of parenthood. We conclude that the state should legislate assisted reproduction techniques specifically addition to legalize surrogacy counterpart being the last option to have their own genetic child.

Keywords: Natural law, maternity, subrogation, homologation, assisted reproduction .

I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Realidad problemática

El derecho nace por la necesidad de regular los conflictos que surgen en la sociedad de manera justa y razonable; la historia de la evolución del hombre y la sociedad significa la evolución del Derecho. Inmerso en este proceso de evolución encontramos los avances científicos y tecnológicos, que se encuentran llevando la delantera al derecho, generando un retraso de su adaptación a las consecuencias de estos. Este asincronismo entre el derecho y ciencia origina vacíos legales que deben solucionarse para que se pueda dilucidar los conflictos sociales en especial los que se generan en el núcleo de la sociedad.

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad así reconocida en el Art 16 de la declaración universal de los derechos humanos, así como también en el Artº 14 en la constitución política del Perú de 1993, teniendo esta como fin Natural la reproducción y conservación del género humano, asegurando la preservación de la especie, siendo así la familia la célula fundamental de la sociedad, surge el interés del estado en preservarla y dar protección a los hijos, bajo las normas del derecho.

Tal es así que a medida que la sociedad avanza, evoluciona la ciencia y tecnología, y en nuestra constitución del 93 en su Artº 2 inc. 8 establece que toda persona tiene derecho a la *“libertad de creación ... técnica y científica”* y que *“es deber del Estado promover el desarrollo científico y tecnológico del país”* dando muestra de que esta es dinámica y no estática, se da procesos de cambios en los estilos de vida que van a producir entre otras singularidades alteraciones ya sean físicas, psíquicas y/o emocionales en el ser humano, en algunos casos capaces de alterar la fecundidad tanto en hombres como en mujeres, imposibilitándolos para concebir de forma natural ya que se les impide o contraindica la gestación en el caso de las mujeres.

En todo este proceso de cambio continuo el hombre moderno se enfrenta a su principal enemigo “la sociedad”, aunque suene algo paradójico, pasa por ser una fuente de presión y tensión directa sobre él; que este al seguirle el paso tiene que

enfrentar nuevos retos; incluyendo intensificación de algunas enfermedades, entre ellas las que complican o limitan directamente la fecundidad de la mujer como trastornos alimenticios en los que se encuentra la bulimia y anorexia(578 casos en Perú-2013) (Ministerio de salud [MINSA] 2014), pues estas enfermedades son causantes de abortos espontáneos, los que van generando un ambiente uterino inapropiado o desfavorable para la gestación junto con trastornos ováricos, hasta llegar a una deficiente calidad en la producción de óvulos; también encontramos enfermedades patológicas que no tienen que ver directamente con la fertilidad en las mujeres pero que tienen como contraindicación la gestación, estas enfermedades van desde una insuficiencia renal, cardiopatías (5357 cardiopatías-Perú 2010) (Olortegui 2007), cáncer cervical (46 254 Perú- 2015), mal funcionamiento de la tiroides, hipertensión arterial, Diabetes, enfermedades pélvicas inflamatorias, o un factor cervical que impide que el ovulo sea fecundado ya que el moco cervical resulta un espermicida natura

Bajo estas circunstancias resulta necesario cubrir las necesidades de la sociedad en nuestro país, teniendo en cuenta que según el instituto peruano de fertilidad señala que existe más de un millón de parejas con problemas de fertilidad por diversos factores, lo cual hace que ya no se trate de un problema de elite si no un problema de salud pública

En el Perú la infertilidad y reproducción asistida, está siendo mirada de manera somera por los legisladores ya que no se han pronunciado con la emisión de ninguna ley para su regulación, ya que solo el servicio público de salud está orientado a brindar un tratamiento de ayuda a personas con problemas de fertilidad basados en técnicas de baja complejidad.

En el Perú, al no haber una ley que regule el tema de técnicas de reproducción asistida y por ende sobre **LA MATERNIDAD SUBROGADA** se estaría generando así un problema de identidad para el nacido bajo esta técnica ya que la falta de legislación no impide la aplicación de estas; tal es así que existen 02 antecedentes judiciales

peruanos de niños nacidos empleando técnicas de reproducción asistida que fueron resueltos de acuerdo al criterio del juez, así mismo encontramos numerosos centros privados internacionales en países en los que la maternidad subrogada es legal, lo que se preocupan en ofrecer un servicio completo desde tratamientos psicológicos para la pareja y la madre de alquiler, inclusive haciendo trámites administrativos si fuesen necesarios para la legalidad de la práctica, teniendo como único inconveniente la accesibilidad ya que solo podría cubrirla una parte de la sociedad con solvencia económica quedando de esta manera inaccesible a otro tanto por carecer de recursos, así mismo encontramos sitios web que ofrecen vientres de alquiler por cuantiosas sumas de dinero.

Pues la única ley en el Perú que menciona a cerca de las técnicas de reproducción asistida es la Ley General de Salud N° 26842 (1997) en su Artº 7. *El cual señala Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida*, haciendo valer de esta manera el derecho a la procreación entendida como aquella facultad individual que tiene las personas para procrear con quien quiera, cuando quiera y como quiera, sin embargo, se hace una salvedad que ***siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona***. Quedado excluida de tal manera la maternidad subrogada en cualquiera de sus clasificaciones, también se señala en este artículo que *“Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos*.

Teniendo en cuenta que la facultad inherente del ser humano es la procreación para la perpetuación de la especie en una perfecta armonía de derechos los que derivan del principal y natural derecho el “de la vida”, el cual le debe asegurar el derecho a su integridad, libertad y Dignidad inherente a la condición humana, exigiendo que se respete. Es con estos derechos que se ejerce de manera real y efectiva la función

biológica y, a la vez del hombre que es la procreación (Miranda Canales, 1998) un derecho Natural; tal es así que haciendo referencia al derecho romano en la civilización del siglo XX mencionando el “derecho al hijo” que vendría a ser “el derecho de los padres a la fecundación” a realizarse como tal a tener un hijo genéticamente propio heredero de sus cromosomas. (Rabinovich-Berkman, 1999)

Es por ello que con la finalidad de proponer la legalización de la maternidad subrogada homologa en el presente trabajo se va a estudiar la ***“Restitución del Derecho natural de ser padres: necesidad de legislar la maternidad subrogada homologa en el Perú”***; para tal propósito se hará un análisis exhaustivo sobre doctrina, jurisprudencia, derecho comparado sobre la maternidad subrogada, infertilidad en el Perú.

a. Trabajos previos.

Remitiéndonos directamente a lo que respecta la región, el país hasta llegar al ámbito internacional entre las investigaciones consultadas disponibles en la biblioteca, es precioso mencionar y dejar como testimonio que se han encontrado como antecedentes de investigación, las siguientes:

La tesis de VALERA BARRIOS, Katherine E. (2015) en su tesis titulada ***“Desprotección del Derecho a la Identidad del Concebido Producto de la Maternidad Subrogada”*** concluye que: “un documento jurídico no debe reducir su cometido al rechazo de la práctica de las TERAS, sino que debe contemplar la situación dada, en efecto, el nacido tendrá que ser emplazado en su status jurídico familiar y hacia ese norte habrá de dirigir el legislar todo su ciencia y sabiduría con el fin de no menoscabar el derecho a la identidad y el interés superior del menor”

Entre tanto en el ámbito nacional está el trabajo de investigación perteneciente a DEL ÁGUILA TUESTA Frieda R. (2009) Titulado: ***“maternidad subrogada y sus efectos jurídicos: nueva perspectiva en el derecho de familia”***: concluye que “la

nueva noción de maternidad presenta una evolución histórica que se manifiesta en diversas transformaciones permitidas por los avances tecnológicos. Estas variaciones han producido gran impacto en las bases de la institución de la familia y específicamente en la procreación - los cuales afectan directamente a la filiación, paternidad y reproducción, que permite dilucidar nuevas figuras de maternidad que en el paso del tiempo eran impensables que nuestra doctrina asigne semejanza alguna; lo que incluso a desentrañar aspectos de maternidad para poder definir tipos diferenciados”

Cabe mencionar que dentro del ámbito nacional como antecedente se encuentra el caso See Aurich (Exp.183515-2006-0113) referente a una impugnación de maternidad, el cual se declara FUNDADA la demanda de impugnación de maternidad, se DISPONE la inscripción y reconocimiento de la citada niña por la madre Biológica y la ratificación de sus apellidos que habían sido colocados los de la madre gestante por los de la madre biológica.

Entre tanto en el ámbito internacional en Chile también encontramos una tesis de ANTONIO SANTANDER Cristóbal (2012) llamada ¿Ejercicio Legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad? concluye que “ante esta eventual realidad fáctica el derecho se anticipe regulando la maternidad subrogada estableciendo condiciones para su celebración en su variante contractual admitiendo el de tipo altruista a todo evento y el oneroso, sólo cuando el pago se relacione con los gastos asociados al embarazo o cuando éste se vincule con la indemnización de la mujer que gestó y dejó de percibir rentas laborales durante dicho periodo.

En Argentina encontramos la tesis de **TELLO, LORENA Sofía (2013)** titulada Maternidad subrogada, su reconocimiento extraterritorial, un nuevo paradigma llegando concluye que *“También arrasados por este alud de modernidad se verifican mutaciones en los conceptos de maternidad, paternidad, filiación, siendo necesarias nuevas estructuras mentales y formas de pensar para comprender acabadamente estos procesos de transformación”*

1.2. Formulación del problema

La razón de ser de este trabajo de investigación se sustenta al formulándose la siguiente pregunta:

¿Bajo qué condiciones se debe de legalizar la maternidad subrogada homologa, limitada por el artículo 7 de la ley general de salud N° 26842 y restituir el derecho natural a ser padres?

1.3. Justificación

Siendo las estadísticas alarmantes en el Perú en cuanto se refiere a padecimiento de cáncer uterino con el 14% para el 2015 y la gran mayoría de padecerlo son mujeres en edad fértil; además de otras enfermedades que limitan o contraindican la gestación, la maternidad subrogada Homologa sería una alternativa para aquellas que desean tener hijos.

La razón por la cual se pretende realizar una investigación respecto a la legalización de la maternidad subrogada homologa es que se ve afectado el derecho natural de ser padres dentro de un matrimonio o una unión de hecho legalmente constituida ya que si ambos cónyuges o concubinos aptos para concebir con otra pareja no lo pueden hacer por motivos de salud de la pareja contraria.

Al inicio, nuestra atención se centró en el análisis del artículo 7 de la ley general de salud N° 26842, una ley de regulación jurídica general. De aquí surgió la interrogante ¿Qué sucede con aquellos matrimonios o unión de hecho que no pueden tener un hijo genéticamente suyos por problemas de salud que impidan o contraindiquen la gestación y que tengan que acudir a un vientre de alquiler? Luego se advirtió que no hay ninguna ley especial que regule ni prohíba la maternidad subrogada y que la Constitución además de señalar que la familia es el instituto natural y fundamental de la sociedad también señala que toda persona tiene derecho a la libertad de creación científica y que es deber del Estado promover el desarrollo científico y tecnológico del país

Entonces concluimos que actualmente el legislador debe tener en cuenta que la sociedad es dinámica y que el derecho no debe ser indiferente a la evolución de esta. Sin embargo, se considera prudente legalizar esta figura y reivindicar el derecho natural de ser padres.

De esta conclusión nace la interrogante que hoy orienta y direcciona nuestro trabajo de investigación, esta pregunta la formulamos en los siguientes términos: ¿bajo qué condiciones se debe de legalizar la maternidad subrogada homologa, limitada por el artículo 7 de la ley general de salud 26842 y restituir el derecho natural a ser padres? En nuestra opinión la respuesta a esta pregunta adquiere relevancia social, académica y jurídica.

La investigación que se propone sobre este tema es con el fin de cumplir una noble misión que es el de restituir el derecho natural de ser padres, además de ser de carácter relevante desde el punto de vista académico, ya que se pretende dar un nuevo enfoque a cerca de la maternidad subrogada homologa y la legalidad que debe tener en nuestro país, contando para ello con actitudes críticas y reflexivas, necesarias para complementar nuestra formación profesional y aptitudes para el desarrollo de la investigación metodológica y científica en el marco jurídico.

Esta investigación desde el punto de vista jurídico pretende llenar el vacío legal existente que rodea la maternidad subrogada brindando un instrumento legislativo, coherente, aplicable a toda la sociedad civil, bajo el principio de igualdad y equidad propias de un estado constitucional de derecho.

Entre tanto desde el punto de vista social pretende trascender de manera significativa al constituirse la legalidad de la Maternidad Subrogada Homologa en una verdadera alternativa para la solución de los problemas de fecundación.

Con la regulación de la maternidad subrogada Homologa se tendría como beneficiarios directos las parejas estables dentro del marco jurídico (matrimonios y unión de hecho) y al niño nacido bajo esta técnica y como beneficiario indirecto el

estado ya que tendría el sustento legal para la protección de la familia basado en el interés superior del niño.

Este tema de estudio es sumamente interesante por ser novedoso y actual; ya que se pretende restituir y fortalecer el derecho natural de ser padres a aquellas parejas cuya mujer es incapaz de alumbrar por enfermedades ajenas a la infertilidad con la legalización de la maternidad subrogada homologa, para esto deben cumplir el requisito de que ambos padres no deben ser infértiles, puesto que la inseminación se haría con los gametos de estos (esperma y el ovulo) en un vientre de alquiler siendo ellos genéticamente los padres, aunque la calidad de madre genética no recaiga sobre la madre gestante.

La investigación esta premunida de los materiales necesarios para la materialización del proyecto gracias a las fuentes con las que cuenta como la doctrina, jurisprudencia, derecho comparado, datos estadísticos exactos sobre enfermedades limitantes o contraindicantes para la fecundidad, así como también entrevistas a especialistas en materia médica.

De esta manera pretendemos asumir una postura inspirada en un criterio de razonabilidad que logre la aceptación y aprobación de la comunidad jurídica.

1.4. objetivos

1.4.1. objetivo General:

Determinar bajo qué condiciones se debe de legalizar la maternidad subrogada homologa, Mediante entrevistas, el análisis de doctrina, jurisprudencia y derecho comparado para que a partir de ello se pueda elaborar un proyecto de ley.

1.4.2. objetivo específico:

- Realizar entrevistas a profesionales en medicina para saber el impacto que se genera en los seres humanos al estar limitados para concebir.

- Analizar jurisprudencia, doctrina, derecho comparado relativas a la maternidad subrogada.
- Analizar el índice de la población con problemas de culminar un embarazo
- Identificar la limitación del Derecho natural por la actual legislación y sus subsecuentes consecuencias.
- Instituir una propuesta legal para la legitimación de la maternidad subrogada homologa.

1. Hipótesis:

La hipótesis que se llegó a arribar bajo la investigación realizada para este trabajo es:

La maternidad subrogada homologa debe ser amparada cuando ambos padres aun siendo fértiles, la mujer no pueda concebir o lograr un embarazo a término completo y así restituir el Derecho Natural de ser padres limitado por el artículo 7 de la ley general de salud N° 26842

II. METODO

2.1. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

El diseño de investigación es de enfoque Cualitativo, cuyo corte es transversal se basada en la observación y es de tipo descriptivo; ya que para su realización se basó en la recolección de datos, análisis de documentos y descripción de la realidad de la mujeres que se ven impedidas o limitadas de gestar en el Perú y la ausencia legislativa para legislar de manera específica las técnicas de reproducción asistida.

2.2. VARIABLES Y OPERACIONALIZACIÓN

VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICIÓN OPERACIONAL	INDICADORES	ESCALA DE MEDICIÓN
V1 MATERNIDAD SUBROGADA HOMOLOGA	Es aquella maternidad que se pacta entre una mujer impedida o limitada para gestar, pero fértil en la producción de óvulos, con otra mujer que presta su vientre para que lleve a cabo el embarazo con el material genético de la pareja contratante (pareja de esposos fértiles, intactos en la producción de material genético) cuyo material genético se implante en el útero de ésta(ovulo + espermatozoides= embrión)	Para la legalización de la maternidad subrogada. Se analizó el contexto social y la limitación o prohibición de la gestación por patologías distintas a la fertilidad. Se revisó su legalidad en el derecho comparado, jurisprudencia y doctrina. Se ha contrastado con la realidad para elaborar una propuesta legislativa y legalizar la maternidad subrogada Homologa. Se analizó bases doctrinales de Platón, Aristóteles, Grocio, Santo Tomás de Aquino	Demostrar que el estado no cuenta con la normativa pertinente para regular las técnicas de reproducción asistida: maternidad subrogada homologa. Demostrar que la ley general de Salud N° 26842 en su Art. 7. referente a las técnicas de reproducción asistida limita el Derecho Natural de ser padres. Validar los mecanismos de protección del Derecho Natural de ser Padres. Arribar a una propuesta legislativa que regule la Maternidad Subrogada Homologa.	Razón fundamentación El grado de eficacia de su legalización estaría en la restitución del derecho natural de ser padres, logrando disminuir el impacto psicológico que causa su impedimento, alcanzado de manera satisfactoria el proyecto social de vida. «fundar una familia»
V2 DERECHO NATURAL DE SER PADRES	Derecho que nace con la naturaleza misma, sin intervención del estado.			

2.3. POBLACIÓN Y MUESTRA

Respecto al escenario de estudio en el que se desarrolla esta investigación es el **Perú**, para establecer la limitación del Derecho natural de ser padres existentes por la legislación peruana y el uso de la maternidad subrogada

1. CARACTERIZACIÓN DE LOS SUJETOS (QUIENES INTERVIENEN)

- Parejas de intención portadoras del material genético.

- La madre sustituta
- El niño nacido bajo esta técnica.

2.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS, VALIDEZ Y CONFIABILIDAD

El uso de las técnicas e instrumento en la recolección de datos nos encontramos con:

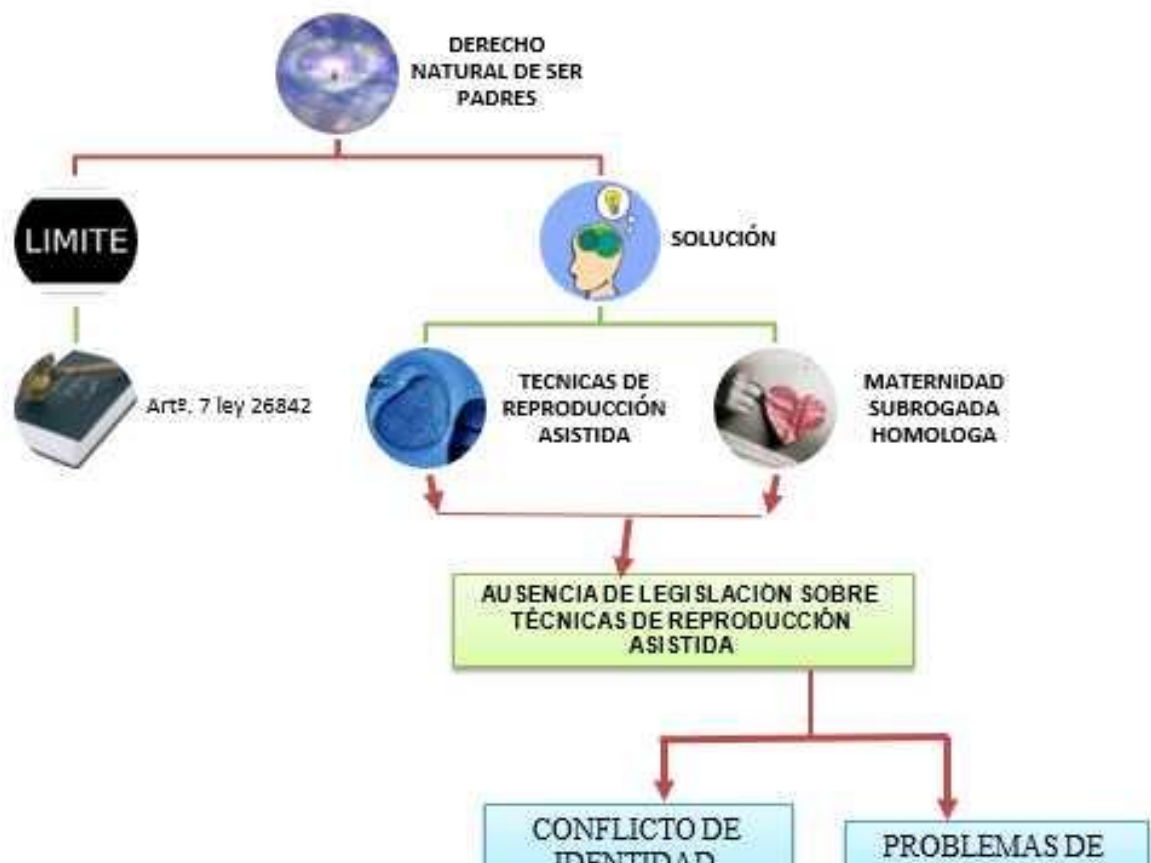
2.4.1. Observación: Se realizó en la legislación peruana encontrándose un vacío legal referente a la maternidad subrogada, y un artículo que limita el derecho natural de ser padres

2.4.2. Análisis de documentos: Legislación nacional sobre técnicas de reproducción asistida: maternidad subrogada homologa Doctrina nacional e internacional respecto a técnicas de reproducción asistida: maternidad subrogada homologa

2.5. MÉTODO DE ANALISIS DE DATOS

El método utilizado para el análisis de datos es el Descriptivo – Aplicado.

2.5.1. MAPEAMIENTO.



2.6. ASPECTOS ÉTICOS.

Respecto al presente trabajo, es preciso señalar que es auténtico y veraz ya que los hechos se tomaron de la realidad tal y como se encuentran sin ser manipulados, la descripción y análisis de documentos son citados de acuerdo a las normas y estándares requeridos para evitar incurrir en algún plagio de autor, para lo cual se a citado respetando la propiedad intelectual.

3. MARCO TEÓRICO

CAPITULO I

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN
ASISTIDA Y LA MATERNIDAD
SUBROGADA

SUB CAPITULO I

1.1. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

1.1.1. DEFINICIÓN:

En el trascurso de la evolución de la ciencia y la tecnología nos encontramos con una técnica que resultó ser el único mecanismo de solución a la infertilidad esta es la Reproducción Asistida, solucionando el problema de muchas parejas que se ven impedidas de concebir de manera natural y tener un hijo genéticamente propio, ya sea por problemas de fertilidad tanto del hombre como de la mujer o como consecuencia secundaria de alguna enfermedad degenerativa que contraindica la gestación, ya que esta pondría en riesgo la vida de la madre y del concebido; entonces resulta importante mencionar que la ciencia y la tecnología forman un sincronismo con el pensamiento de que *“la medicalización lleva a convertir dolencias ordinarias en problemas médicos, síntomas ligeros en graves, a tratar problemas personales como problemas médicos y a hacer estimaciones de prevalencia para maximizar mercados potenciales Leonor Taboada(2005:16)”* (Martín, 2011, pág. 103), obligando así a recurrir a técnicas distintas para lograr la realización del proyecto de vida familiar y la plena realización de la mujer. Estas técnicas vendrían siendo *“...la manipulación in vitro de ovocitos humanos, espermatozoides o embriones, con el propósito de conseguir un embarazo...”* (El Hospital, 2008, pág. 3) sin que medie actividad sexual.

1.1.2. HISTORIA:

La evolución del hombre se ha generado a través del tiempo, desde un hombre de las cavernas, trepanaciones de cráneo practicadas por algunas culturas, hasta lograr importantes avances científicos y tecnológicos mostrando una sociedad que avanza en el tiempo a pasos agigantados sin que pueda seguirle el paso “el derecho” generándose un asincronismo entre ellos, este avance científico-tecnológico en la sociedad surge para satisfacer necesidades que a ella involucra, entre las que se encuentran afectado directamente a la *“...familia es el elemento natural y fundamental*

de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948) teniendo esta como fin natural la reproducción y perpetuación de la especie humana, que se ven en algunas ocasiones limitadas o impedidas, a las que se tienen que dar solución ya que afectan directamente a la realización del proyecto de vida en la mujer y la familia que se concretiza con un hijo genéticamente propio.

Grandes investigadores han realizado diversos estudios a través del tiempo para dar solución a los problemas de fertilidad, entre los que encontramos a **Patrick Steptoe** y **Robert Edwards**, que sin tener apoyo del gobierno para realizar sus estudios científicos relacionados a la genética humana; estudio que les tomo un poco más de 20 años, pero luego de tantos kilómetros recorridos todos los días en idas a su laboratorio lograron lo que nadie había logrado hasta el momento llevando con éxito la primera fecundación extracorpórea materna, en una mujer que como algunas otras antes de ella no pudieron tener la dicha de ser madres debido a un bloqueo en las trompas de Falopio que les impedía fecundar, esta mujer de 29 años llamada **Leslei Brow**, se sometió al novedoso tratamiento inventado por estos dos grandes científicos denominado Fecundación In Vitro, dando paso al nacimiento de la primera bebe probeta muy saludable de la historia el 25 de julio de 1978, representando este nacimiento un gran paso para la historia de la genética y la reproducción de la vida Humana.

Es innegable que la Fecundación In Vitro fue un avance científico que dio lugar a la práctica de otras técnicas que pudieran solucionar los problemas de fecundidad, teniendo en cuenta la necesidad de cada persona, esto significo el impulso a otros investigadores así como **Ricardo Asch** quien dio a conocer en 1984 que bajo la técnica de la transferencia intratubárica de gametos nacieron mellizos, novedosa y exitosa técnica que puso en práctica con una pareja que había intentado por ocho años tener un hijo, pues este investigador después de este logro, obtuvo gran apoyo para sus investigaciones.

Sin embargo, la Fecundación In vitro, por ser una técnica exitosa y nueva propicia la investigación de otras técnicas de reproducción que es la congelación de embriones ya que para la FIV, se necesita de estos, los que son extraídos del ovario de la mujer, extracción que requiere más de un embrión, para luego ser solo algunos los que se llegan a fecundar en el útero, hecho que causa hasta la actualidad gran polémica, al tener la preocupación de cuál sería el destino del resto de embriones al no ser utilizados ¿desecharlos o no?, fue entonces que **Alan Trounson** dio una solución sumamente benéfica para aquellas personas con problemas de fertilidad, cuando decide darle un uso a los embriones excedentes, los que se encontraban previamente congelados, es así que en 1983 Alan Trounson logra el primer embarazo humano de un embrión congelado, aunque posteriormente se vio interrumpido en la semana 24 por una complicación obstétrica. Es así que tras muchos intentos e inconvenientes se pudo llegar a lo que hoy llamamos “técnica de reproducción asistida” siendo la solución al problema de fertilidad de muchas parejas; de otro lado aunque es una solución al problema de fertilidad suelen causar un problema jurídico ante la ausencia de regulación especial de estas técnicas.

Asimismo, encontramos a las técnicas de Inyección intracitoplasmáticas de espermatozoides, dadas a conocer en 1992, usadas principalmente cuando la esterilidad es por parte de varón o ante la falla de otras técnicas utilizadas con el fin de concebir.

En el proceso de encontrar la técnica que mejor se acomode para lograr el proyecto social de vida familiar y de la mujer, nos encontramos con la ovodonación, técnica que consiste en la hiperestimulación ovárica, muy útil ya que tiene doble función convierte a mujeres que son pacientes y van a utilizar su propio ovulo en donadoras para aquellas que no pueden producir óvulos, esta técnica se empezó a practicar a partir del estudio realizado por el Dr. Buster y su equipo en el año de 1983 los que realizaron el primer implante de ovulo de una donante con el espermato del varón de una pareja, en el vientre de esta, el que luego mediante un lavado uterino fue trasladado al vientre

de la esposa del que dono el esperma. Pero los riesgos y problemas de salud que podría acarrear esta técnica cayo en desuso. Un año más tarde Dr. Lutjen y sus colaboradores logran un embarazo en una pareja de esposos en cuya mujer tenía problemas para ovular con la inseminación de un ovulo donado en el vientre de la esposa, aunque nunca llego el embarazo a término completo. Años más tarde fueron Yovich y Asch quienes lograron perfeccionar esta técnica, pero con óvulos donados criopreservados.

Sin embargo, con el avance de la ciencia y la tecnología y el asincronismo que tienen estas con el derecho, los problemas de salud que comprometen o limitan la fecundidad en la mujer también lo hacen y cada vez son más las enfermedades cuya contraindicación o limitación es la “fecundación”; ya que se pone en riesgo la vida de la gestante y la del feto, y para esto la ciencia no es ajena ya que encuentra la manera de cubrir con dicha necesidad poniendo en práctica el **“vientre de alquiler o maternidad subrogada”**, práctica que se realiza por primera vez en la historia de la humanidad y que tiene una historia **mágico religiosa** lo encontramos en la **Virgen María la madre de Jesús de Nazaret** Mateo (1:18) quien quedó embarazada por obra del espíritu santo gestando al hijo de Dios. Después de muchos siglos se ha ido perfeccionado la técnica hasta llegar a la implantación de un embrión ya sea fecundado por el esperma y ovulo de la mujer o con los gametos de un donante en un vientre distinto a la de la pareja hasta llegar el embarazo a término completo, luego del nacimiento el niño es entregado por la madre en alquiler a la pareja que contrato, la práctica por primera vez, se llevó a cabo con una británica en 1987 la que cobro 14 000 libras por gastos ocasionados durante la gestación, por consiguiente esta modalidad de maternidad bajo estas circunstancias se supone que debe tener el espíritu altruista. Como resultado del conflicto que genero este contrato se dio origen a un proceso en el cual la corte civil Londinense otorgo la paternidad a la pareja contratante. De tal manera que la puesta en práctica de esta técnica genera polémica por todo el mundo ya que algunos países resulta ser delictuosa al convierte en una forma de libre acceso para el tráfico de menores, causado por no estar legislado; de tal manera que la no

regulación crea un problema de identidad y filiación para el niño nacido bajo esta técnica, debiendo para ello mediar únicamente el “interés superior del niño” y la realización plena de la mujer y del proyecto de vida familiar el que ve en esta técnica la última opción de tener un hijo genético.

1.1.3. CLASES:

Indiscutiblemente el surgimiento de las técnicas de reproducción asistida es para solucionar cada tipo de infertilidad o limitación para fecundar en las parejas afectadas. Dichas técnicas se han dividido en clases basadas en el grado de complejidad en cuanto su aplicación

la baja complejidad corresponde a la inseminación artificial; la de mediana complejidad a la G.I.F.T., que se trata de una inseminación artificial en la trompa, por medios más complejos, y la de alta complejidad está dada por la fertilización in vitro (FIV), que requiere de un laboratorio altamente especializado Nicholson (1992).” (Rojas J. H., 2007)

A. DE BAJA COMPLEJIDAD:

4. COITO PROGRAMADO:

El coito programado es una técnica utilizada por parejas que recién empiezan su vida conyugal, que no tienen ningún problema de fertilidad por lo menos de causa conocida y desean tener un hijo; la característica de esta técnica aún se realiza de manera natural con el “Acto Sexual”.

El coito programado es un método utilizado generalmente por aquellas parejas que predicen algún tipo de religión cuyo uso de TRA contravengan sus creencias, ya que para ponerla en práctica basta con el mutuo acuerdo de las parejas las que deben convenir la sincronización entre ovulación y el acto sexual.

Entre los tipos del coito programado se encuentra el coito de ciclo natural el que generalmente utiliza el método del ritmo, siendo este el que se rige al ciclo natural; y

el coito con inducción de la ovulación el cual necesita estimulación hormonal, requiriéndose para ello gonadotropina siendo esta una estimulación ovárica controlada pero que aún como aliada se tiene a las relaciones sexuales.

5. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL O INTRAUTERINA.

Esta es una técnica que menos impacto psicológico causa en la mujer ya que no existe el tratamiento hormonal agresivo para la sobre producción de óvulos, acá la mujer no tiene ningún problema en ovular, por el contrario, el que tiene algún padecimiento es el varón ya que la calidad espermica es baja en cantidad, calidad o morfología, el semen que se utiliza puede ser del esposo o de un donante; también puede darse el caso que el moco cervical incompatible con el semen de la pareja el que actúa como espermicida.

En esa técnica el ovulo no sale del cuerpo de la mujer es el espermatozoide que se inocular directamente en el ovulo por medio de un instrumento ginecológico que atraviesa la cavidad uterina; el riesgo que se genera al utilizar la IA va desde el aborto hasta un embarazo múltiple.

➤ Inseminación Artificial Homologa (IHA) o del cónyuge (IHC)

- La característica fundamental de esta inseminación es que se realiza con los gametos de la pareja sin que medie ningún donante.
- Otra característica es que en la inseminación Homologa se puede realizar en vida o “pos Mortem” ley 14 (2016), para ello se requiere utilizar los gametos de la pareja, es decir el ovulo de la mujer y el espermato del hombre, la única oposición a esta técnica es una ético -moral religiosa ya que se realiza con gametos de la pareja hombre en este caso ya muerto.
- Otra forma es que mediante la técnica de crioconservación se preserve los óvulos de la pareja fallecida, y con ayuda de una tercera persona se de lo que se denomina maternidad subrogada está ya se convertiría en una técnica compleja, y de esta manera se gestaría el hijo.

- Al uso de estas dos últimas formas de fecundación es lo que se denomina una “fecundación pos mortem”; así como puede resultar siendo una técnica para satisfacer sentimientos personales, este tipo de fecundación puede traer consecuencias al acto filiatorio ya que se afectan dos importantes derechos a la “libertad e identidad” siendo esta ultima un problema al momento de registrar al menor después del plazo establecido por ley en el Art. 361 del código civil peruano, problema generado por falta de legislación en nuestro país en cuanto se refiere a no tener una legislación especial de técnicas de reproducción asistida y sobre todo maternidad subroga, ya que podría darse el caso que la madre sustituta no entregue al niño que resulta ser el hijo genético de la madre o padre fallecido con anterioridad a la fecundación, creándose un problema jurídico en cuanto a la determinación de paternidad.

➤ **La inseminación Artificial Heterologa (IHH) o de Donante (IHD).**

- A diferencia de la anterior la inseminación artificial heteróloga se realiza en parejas que tengan problemas de fertilidad ya sea por parte del varón o mujer, la que puede generarse con la fecundación del gameto con el aporte de esperma de un donador dentro del Útero de la pareja solicitante, al igual que la anterior también puede darse el caso de que se aplique la maternidad subrogada la que se convertiría en una técnica compleja, según datos se sabe que *“En 1978 en Estados Unidos nacieron aproximadamente diez mil niños por este procedimiento(Vidak Martinez 1986)”* (Haydeé Rojas, 2007)

B. DE ALTA COMPLEJIDAD

6. FERTILIZACIÓN INVITRO (FIV).

Esta es una técnica muy utilizada en algunas parejas que después de varios intentos frustrados de manera natural optan por la fertilización In Vitro, esta técnica proporciona la esperanza de poder tener un hijo genético aun con existencia de problemas en la ovulación o el conteo de espermatozoides.

FIV se realiza de manera externa, lo que significa que la fecundación de ovulo y espermatozoides es extrauterinamente, es decir fuera del cuerpo de la mujer, la que tiene que ser preparada antes con tratamiento hormonal para aumentar la producción de óvulos por encima de los valores normales en algunas ocasiones, y posteriormente utilizando **tecnología embriológica** se lleva a cabo en un laboratorio la fecundación.

FIV es procedida con la extracción de los óvulos que por lo general tiene que ser más de dos, estos óvulos deben de permanecer en una incubadora la que ayudara a su desarrollo en el proceso celular y antes de las 24 horas de haber sido extraídos estos deben de ser fecundados; esta fecundación se realiza al colocar los Óvulos en una placa con cerca de 5 a 10 millones de espermatozoides del esposo, si es que el varón no padece de alguna enfermedad que le impida producir esta cantidad por milímetro cuadrado, siendo el caso que el problema sea por parte del varón se realizara con espermatozoides donados, con esta técnica se corre el riesgo de que todos los embriones fecundados puedan alcanzar un embarazo a término completo terminando en partos múltiples, en otras ocasiones se tiene que volver a intentar ya que se pierde el producto en el transcurso del embarazo, resultado frustrante para la mujer.

El problema legal que se suscita con esta técnica es debido a la sobre producción de embriones para la fecundación, ya que para realizarla se utiliza solo un cierto porcentaje, quedando otro tanto libre; como consecuencia los óvulos que no fueron empleados son congelados mediante la crioconservación, esperando ser fecundados ya sea en la misma mujer que aportó los óvulos o para ser implantado en otras mujeres que padecen algún problema de fertilidad, es ahí donde surge la controversia ante la ausencia legal, al pensar ¿cuál es el destino de estos óvulos remanentes?, ¿existencia del consentimiento de la aportante para que sean donados y fecundados en otras mujeres?, ¿cuál sería la sanción para aquellos médicos que actúan dolosamente en la sobreproducción de óvulos y no comunican a la paciente la totalidad de estos?, ¿Qué procedimiento legal tendría que proseguir la aportante? ¿Cuál sería el destino de aquellos óvulos que no se donan, habría algún tipo de figura legal que se tenga que

interponer? en algunos países se dan en donación en otras se desechan surge la interrogante ¿en qué momento empieza la vida?, hoy por hoy en nuestro país aún se carece de una legislación específica dedicada a regular la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por lo tanto también las que regulen el destino de los óvulos obtenidos bajo esta técnica resultando aun ser algo incierto, ya que su no regulación no implica su no aplicación, sumado a esto no encontramos ante una posición reacia de la iglesia la que aún no se adapta a los avances científico y tecnológicos, al creerse que se altera la naturaleza que para ella es intangible.

7. CONGELACIÓN DE EMBRIONES.

Líneas anteriores cuando se habla de la FIV, se tenía como resultado la sobre producción de óvulos debido a la estimulación hormonal, cuyo excedente se ven en la necesidad de preservar mediante la congelación ya sea para una fecundación próxima en la misma aportante o en otras mujeres que necesitan de la donación de los mismos, los cuales son almacenados en bajas temperaturas de -196° (Gilabert 2016). Este proceso se le denomina crioconservación de embriones, hecha con el único fin de poder volver a utilizarlos. En cualquiera de los casos mencionados.

Los embriones crioconservados se pueden utilizar incluso después de décadas, se sabe de un embrión crioconservado por veinte años donado en la década de los 90 implantando en una mujer e el 2010 (Velsid, 2010), demostrando así que se encuentran bien conservados y aptos para ser fecundados en el vientre de cualquier mujer receptora. Este proceso de preservación de embriones suele ser una solución inmediata para aquellas mujeres que anhelan la maternidad y ven la afectación de su fertilidad ante la imposibilidad de la producción de embriones. Cabe mencionar que el problema no radica en el tiempo de congelación ni la fecundación de estos, ya que en la mención del ejemplo anterior se demuestra lo contrario, es sino el surgimiento de un problema moral, axiológico y religioso, al tener que decidir ¿Qué hacer con estos embriones luego de un periodo de congelación? Surgen todo tipo de interrogantes como las que se mencionó en párrafos anteriores, además de ello que sucedería al

realizar una fecundación sin autorización, pos mortem, luego de un divorcio, quien obtendría la custodia de los embriones, cuál sería la figura si una custodia, curatela o patria potestad, es un tema que necesita sin duda regularse, tener una legislación que cubra todas estas interrogantes, las que se deben basar únicamente en el interés superior del niño, en los derechos constitucionales como la libertad y la identidad los que están siendo vulnerados ante una precaria ley y convenios, cartas y tratados generales, los que no toman en cuenta la realidad de cada país y la necesidad de cada persona; queda claro que el dinamismo de la sociedad generaría la actualización de las normas legales.

8. TRANSFERENCIA INTRATUBÁRICA DE GAMETOS.

A diferencia de las técnicas mencionadas anteriormente esta técnica resulta complicada respecto a su procedimiento, lo que deviene en ser poco utilizada ya que para llevarla a cabo se necesita de una cirugía denominada laparoscopia la que si bien es cierto no genera peligro de muerte, pero si se asumen ciertos riesgos, además de ser discriminativa al ser requisito fundamental el buen estado de las trompas.

El procedimiento consiste en la extracción de los gametos (óvulos y espermatozoides) de los presuntos padres, los que son colocados en la trompa de Falopio, simulando una fecundación natural, la que se realiza mediante un proceso quirúrgico denominado laparoscopia ocurriendo directamente la fecundación. Técnica que por su complicación y discriminación está desfasada.

9. INYECCIÓN INTRACITOPLASMÁTICA DE ESPERMATOZOIDES.

Técnica exclusiva para varones, ya que se indica para aquellos que sufren una baja producción de espermatozoides y que en un coito natural sería imposible de que fecunden a una mujer, también se indica a los que en algún momento de su vida decidieron realizarse una vasectomía como método anticonceptivo radical y que a través del tiempo, viendo la necesidad de la realización de su instinto natural de ser

padres, buscan la manera de resarcir la decisión que creen en su momento resulto ser la más acertada, posteriormente devino en equivocada al verse afectando su vida reproductiva, se da también para aquellos que sufren enfermedades neurológicas, y todas que resulten en la baja producción de espermatozoides, y que origina que esta técnica resulte ser la más indicada; cabe mencionar que en este grupo de beneficiados de esta técnica se encuentra a los que tengan una eyaculación retrograda.

Esta técnica consiste en la obtención de espermatozoides producto de una muestra de semen, dicha muestra sirve para seleccionar los espermatozoides que cumplan con ciertos requisitos morfológicos normales libres de vacuolas, lo que permiten una vez fecundados con el ovulo un embarazo a término completo reduciendo el índice de abortos. Esta técnica según un artículo de opinión en la revista internacional de andrología supone un gran avance científico en el campo de la técnicas de reproducción asistida (<http://www.elsevier.es/es-revista-revista-internacional-andrologia-262-articulo-es-inyeccion-intracitoplasmica-espermatozoides-morfologicamente-X1698031X10521647?referer=buscador>)

Es importante mencionar que el éxito de esta técnica va a depender de la edad de los pacientes si está será aplicada en mujeres, ella tendría que tener la edad ideal requerida para la puesta de en práctica de cualquiera de las técnicas, la que se estima que debe fluctuar entre los 18 años y hasta los 35, sobre todo será mucho más exitosa en hombres relativamente jóvenes, de hábitos y dieta saludable. No se han registrado riesgos ni consecuencias posteriores a su fecundación ni en el embrión y mucho menos en el feto.

10. OVODONACIÓN.

Esta es otra técnica que deriva de la FIV, ya que como se mencionó en puntos anteriores se requiere la extracción de óvulos de una mujer apta para fecundar, entre la edad que se recomienda según estudios realizados es la de 18 a 35 años, edad en que las células y órganos reproductivos se encuentran en buen funcionamiento y el

estado de salud del paciente debe ser bueno. Para la ovodonación en otros países que se encuentra regulado las Técnicas de Reproducción Asistida Humana se puede dar persiguiendo solo un objetivo que es la donación de óvulos, en este caso los óvulos pueden resultar de una donación exclusiva o de una donación secundaria producto de un tratamiento hormonal, que persigue un fin reproductivo en la misma, en consecuencia dando un resultado de sobreproducción ovular tiene que hacer el proceso de estimulación ovárica con la administración de hormonas como el estradiol y progesterona.

La ovodonación es una técnica que ofrece buenos resultados, ya que los óvulos son extraídos de mujeres jóvenes previamente evaluadas en edad fértil con la única salvedad que no se pueden tener más de 6 embarazos producto de los óvulos donados de una misma donante como es el caso de España(ley 14, 2016), respecto al empleo de esta técnica no existe antecedentes o documentación de algún problema en el nacimiento de los niños producto de óvulos donados.

El aspecto legal en cuanto a la **OVODONACIÓN** tema sin rostro y para otros desconocido que forma parte de las técnicas de reproducción asistida al igual que otras técnicas tampoco se encuentran reguladas de manera específica en el Perú, lo que origina por su eficacia la puesta en práctica por médicos y pacientes quizás de un lado por en un negocio redondo y clandestino y del otro lado lograr el sueño anhelado, esta problemática surge por una ausencia legislativa, ausencia que genera un tráfico de óvulos. (ATV, 2011)

C. VARIABLES DE FECUNDACIÓN ASISTIDA.

a) VIENTRE DE ALQUILER, MATERNIDAD SUBROGADA:

1. DEFINICIÓN:

Desde que el hombre aparece en la tierra, ha encontrado la manera de satisfacer sus necesidades, como el descubrimiento del fuego para cocer los alimentos, la

invención de la escritura, hasta llegar a encontrar soluciones que implicarían ir más allá de la propia naturaleza del hombre, como la práctica de una nueva ciencia, esta sería la “Ingeniería Genética” manipulación de moléculas en el campo genético en seres vivos a través de “Biotecnología genética”. Es así, que bajo principios bioéticos que va de la fecundación In Vitro hasta lograr que una mujer ajena al material genético que se le implanta logre dar vida a un ser genéticamente diferente de ella, esta práctica no menos controversial es la “MATERNIDAD SUBROGADA”.

La maternidad subrogada surge ante la necesidad cubrir el más puro de los sentimientos y el derecho natural que es el de ser padres, en familias que se ven imposibilitadas de tenerlos ya sea por esterilidad o por alguna enfermedad que limita o contraindica la gestación, pues la maternidad subrogada para algunos autores como WEINGARTEN (2007) la describen como *“en aquellos supuestos en que el embrión de la pareja es implantado en el útero de otra mujer que lleva a término el embarazo y da a luz al hijo en beneficio de la pareja”* (Weigarten, 2007, pág. 199) por otro lado define a la maternidad subrogada como *“la sustitución del estado o calidad de madre, dándosele aquí a madre la connotación de mujer de quien procede el ovulo o mujer gestante”* (Castillo, 2007) entre tanto el informe de Warnock elaborado en el Reino Unido dice que a Maternidad Subrogada *“Es la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño”* (Montero, 2009)

La maternidad subrogada viene causando polémica a nivel mundial, recibiendo la misma definición por diferentes autores; autores que la suelen llamar maternidad subrogada, vientre de alquiler, gestación sustituta, gestación subrogada, pero llegando a la misma definición *“en aquellos supuestos en que el embrión de la pareja es implantado en el útero de otra mujer que lleva a término el embarazo y da a luz al hijo en beneficio de la pareja”*. (Wagmaister, 2007)

La maternidad Subrogada es un acuerdo que se realiza entre la pareja solicitante y la madre que va alquilar su vientre, consiste en implantar en el vientre de alquiler un embrión ya sea con material genético de la pareja o de donantes y que al cabo del

nacimiento se compromete la madre gastadora del producto a entregar al niño a la pareja. es ahí donde se genera la polémica ya que a nacimiento del niño se puede generar un conflicto entre los padres solicitantes y la madre subrogada, al no querer esta última al niño.

1.1. TIPOS DE MATERNIDAD SUBROGADA:

1.1.1. MATERNIDAD SUBROGADA HETERÓLOGA:

la maternidad subrogada heteróloga es aquella que se caracteriza por realizarse con gametos provenientes de donantes ya sea masculinos, femeninos o ambos en algunos casos, los que son implantados en un vientre sustituto hasta el término de la gestación, son:

- Puede darse cuando se fecunda el ovulo de la mujer con el esperma de un hombre donante ya sea porque la pareja es infértil o tubo alguna enfermedad que afecto su fertilidad, y la mujer por alguna causa no puede gestar, es entonces que dicha fecundación es realizada de manera extra corpórea la que es implantada en un vientre sustituto hasta el momento del parto, cuando tiene que entregar el niño a la pareja contratante.
- Otra manera de darse la maternidad subrogada homologa es cuando el esperma es de la pareja y el ovulo es de una donante, se realiza el mismo proceso de implantación en el vientre sustituto hasta el momento del alumbramiento, también podría ser que el esperma y el ovulo sean donados y se implante en el vientre sustituto sin mantener ningún lazo genético con la pareja contratante, solo con la palabra de tener que entregar al recién nacido al momento de su nacimiento.

Pero existe otra forma de darse la maternidad subrogada homologa y es la más antigua y utilizada en el mundo, pero la que más problemas acarrea ya que hay lazos genéticos con la madre que presta el vientre esta consiste en fecundar el ovulo de la

mujer con el esperma en el útero de la misma ya que al momento de entregar el niño a la pareja contratante pudo haber algún tipo de negativa.

1.1.2. MATERNIDAD SUBROGADA HOMOLOGA:

En este tipo de fecundación asistida es realizada con gametos exclusivamente de la pareja no se requiere de ningún donante; los gametos son extraídos de los mismo y se implantan en el vientre de la madre sustituta hasta el momento del alumbramiento, esta técnica es la única oportunidad después de haber intentado otras técnicas de fecundación de tener un hijo genéticamente propio, ya que por problemas de salud resulto imposible.

1.2. REGULACIÓN JURÍDICA:

El derecho nace ante la necesidad de regular relaciones de la sociedad de manera justa y razonable para así resolver situaciones conflictivas que en ella se produzca.

Encontramos que esta necesidad de regular la maternidad subrogada nace en la antigüedad ya que la esterilidad o la imposibilidad de gestar acompaña a la humanidad desde su aparición en la tierra según narraciones del catolicismo.

El fenómeno de la maternidad subrogada, realizada en su forma más primitiva y natural se encuentra regulada en el Código del rey Hammurabi (1792-1750 a.c), vista la necesidad en aquella época de solucionar el problema; Problema que afectaba directamente a integrantes de la nobleza en los reinos; se crea en 1780 a. c dicho código. siendo este el primero a introducir el principio de presunción de inocencia; incorpora también las garantías sociales para las madres subrogadas, también se protegía el derecho del niño de no ser considerado como objeto ya que no se permitía ninguna transacción económica. Esta regulación la encontramos en uno de los códigos más antiguos de la civilización como son las leyes del código Hammurabi ley 144-146 (<http://www.ataun.net/BIBLIOTECAGRATUITA/CI%C3%A1sicos%20en%20Espa%C>

3%B1ol/An%C3%B3nimo/C%C3%B3digo%20de%20Hammurabi.pdf) Leyes del código Hammurabi 144- 146

Ley 144. Si uno tomó una esposa de primera categoría y si esta esposa dio una esclava a su marido y ésta ha tenido hijos, si el marido quiere tomar una nueva esposa más, no se le permitirá y el hombre no podrá tener otra mujer más.

Ley 145. Si uno tomó una esposa de primera categoría y si esta esposa no le dio hijos, y se le propone tomar otra mujer, tomará esta otra mujer y la llevará a su casa, pero no será igual que la esposa estéril.

Ley 146. Si uno tomó una esposa de primera categoría y ella dio una esclava a su marido, y si la esclava tuvo hijos, si luego esta esclava es elevada (en el aprecio del esposo) a igual categoría que la patrona por haber tenido hijos, su patrona no la venderá, la marcará y la tendrá entre sus esclavas.

Es de mencionar que las prácticas de la reproducción asistida en el mundo han ido en aumento sin tener cifras exactas por no estar legalizado en muchos países, que pese a no estarlo no impide que se siga practicando incrementándose con el pasar de los años; alcanzado esta práctica a nuestro país.

Importante es mencionar que en nuestro país se encuentra ausente la regulación jurídica en cuanto se refiere a MATERNIDAD SUBROGADA, tema polémico, No obstante, el hecho de no estar regulada con una ley específica en el Perú, no significa que no se ponga en práctica esta técnica de reproducción asistida, por el contrario se viene practicando de manera continua y hasta clandestina ya que algunos vientres alquilados son para parejas extranjeras, no siendo factible citar una cifra exacta por no encontrarse regulada de manera expresa.

Respecto a la legislación peruana que regula las técnicas de reproducción asistida es general y no específica, encontrándola en un solo artículo en la ley general de salud N° 26842 Art° 7 (1999):

Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos

Este artículo es todo cuanto se refiere a la regulación de técnicas de reproducción asistida, quedando de manera implícita la prohibición de la práctica de la maternidad subrogada, no habiendo alguna otra ley que la sancione o prohíba de mayor rango a pesar que nuestra constitución política del Perú de 1993 establece *“Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”*

Teniendo en cuenta que una parte de la sociedad sufre enfermedades que impiden o limitan la gestación, es primordial que el poder legislativo promulgue una ley en beneficio de salvaguardar el derecho a la identidad del menor, y el proyecto social de vida tanto de la mujer y la familia, la libertad; siendo esta, la última opción de tener un hijo genéticamente propio.

En algunos países del extranjero ya existen propuestas legislativas para regular el tema, entre tanto otros ya cuentan con una ley que la regula. Pero en todos se coincide que no se debe tener un fin remunerativo por la gestación solo un pago por los gastos ocasionados durante este los que se incluirían salud y alimentación.

Mientras en otros se prohíbe los contratos de maternidad subrogada por atentar contra los derechos a la libertad y a la vida, tal es así que la corte de casación francesa, en 1991, los declaro ilícitos. (Chavez, 1992, pág. 165) entre tanto el tribunal de Nueva Yersi(USA) (Ruiz, 1988) en última instancia declara nulo el contrato, señalo como madre a la madre biológica y legítima, le otorgo derechos de visita, mientras que al padre biológico se le concedió la custodia.

b) CLONACIÓN.

La clonación es un término que representa un gran conflicto moral ético y religioso, es tema controversial que es definida por la AHEC como *“la propagación asexual sin producirse la alteración del genoma existente en el núcleo celular”* viene siendo un

“Proceso natural o artificial de creación de células o individuos con idéntica dotación genética que el progenitor..., aunque quedan muchos aspectos que deben estudiarse, como las consecuencias asociadas a la edad real de las células clonadas y los problemas éticos que comporta” (diccionario médico., (sin fecha))

La clonación no es más que las copias genéticas de una molécula incluyendo su ÁCIDO DESOXIRIBONUCLEICO de cualquier ser vivo incluido el hombre constituido por células que se realiza en un laboratorio; sin embargo, cuando se habla de clonación humana surge un conflicto, es así que Francia y Alemania viendo la necesidad de proteger la manipulación genética presenta un proyecto ante la Asamblea de las Naciones Unidas para la prohibición de la clonación reproductiva. Entonces se procede a la *“elaboración de la convención internacional contra la clonación de seres humanos con fines reproductivos fue encomendada a un comité Ad Hoc* (Juridicas Unam, (sin fecha)), *quien desde el 25 de febrero de 2002 inicio el estudio y debate del tema”*. Siendo los temas de análisis el “género humano”, dignidad humana y “vida humana”; basado en estos puntos se hace la prohibición la clonación de los seres humanos. Entre tanto algunos países, esta total mente prohibido sea cual sea su fin, mientras que en otros solo se dice que no se debe de practicar la clonación reproductiva, sin embargo, no hay que olvidar otros fines de la clonación como los terapéuticos usada para la clonación de células y así poder lograr la reparación en tejidos tisulares y orgánicos. (Varsi, 2001)

1. FINES DE LA CLONACIÓN:

1.1. CLONACIÓN TERAPÉUTICA:

Resulta importante señalar que la clonación usada para un fin terapéutico resultaría beneficiosa ya que el trabajo que se realizaría seria con el mismo paciente con el único propósito de mejorar la calidad de vida de pacientes con algún padecimiento complicado o enfermedades terminales o degenerativas, con lo que se evitaría un rechazo inmunológico.

Hay quienes defienden el uso de la clonación con fines terapéuticos como el biólogo Soutullo (2000) *“no estamos hablando de la utilización de fetos más o menos formados, si no de embriones preimplantarios constituidos por una masa celular indiferenciada, en la que la célula tiene la capacidad de desarrollarse para dar un tejido cualquiera del organismo”*. Se dice que la clonación terapéutica sería la solución para mejorar la calidad de vida de muchos pacientes.

1.2. CLONACIÓN REPRODUCTIVA.

Existe gran controversia en lo que respecta a clonación reproductiva, ya que sería una violación trascendente y aberrante a las leyes de la naturaleza humana y el derecho a la libertad e identidad.

Evidentemente hay opiniones encontradas por lo controversial que resulta la clonación, por un lado, nos enfrentamos a dos bloques de la comunidad científica (los que están a favor de la clonación reproductiva Humana y del otro la terapéutica), por otro lado, la iglesia, y desde un punto arista los que puedan resultar beneficiados de la aplicación de esta.

Los científicos señalan que hay diferencia entre clonación terapéutica y clonación reproductiva, dos términos que puede ser el gran paso para el avance científico que pueda ser la solución a enfermedades terminales o revivir personas. En cuanto se refiere a la Clonación terapéutica utilizada en lo que respecta a mejorar la calidad de vida de las personas que atraviesen algún problema de salud través de tratamiento con células clonas para evitar el rechazo por parte del sistema inmunológico. Tanto la reproducción Terapéutica como la reproductiva existe la manipulación de embriones, con fines distintos.

1.3. REGULACIÓN JURÍDICA

En cuanto se refiere a la clonación existe un gran debate en su práctica, hay quienes están a favor de la legalización ya que señalan que se estaría mejorando la condición

de vida de los pacientes siempre y cuando se practique la clonación con fines terapéuticos, lo que significaría dar calidad de vida a pacientes desahuciados, otro punto a favor de la clonación sería el evitar que se siga produciendo el tráfico de órganos en el mercado negro, problema que aqueja al mundo, el cual resultan ser beneficiados solo una parte de la sociedad que cuenta con recursos económicos, disminuiría mortalidad a causa de este tráfico, al no ser necesario, porque la mejoría recaería al obtenerse la regeneración de órganos y sistemas a partir de células del mismo paciente.

Es necesario que el gobierno regule la clonación en ciertos aspectos, al ser necesario en mejora la condición de vida de una parte de la población puesta en desventaja por el padecimiento de alguna enfermedad o la degeneración de algún órgano. Por esta razón el país debería regular esta técnica siempre y cuando sea con fines terapéuticos.

SUB CAPITULO II

MATERNIDAD SUBROGADA.

1. HISTORIA.

Desde que el hombre está en la tierra hace uso del derecho Natural de ser padre, utilizando para ello cualquier recurso que este a su alcance, tal es el caso que nos relata la biblia entre 2000 a 1500 antes de cristo en el Antiguo Testamento

Sarai mujer de Abram no le daba hijos; y ella tenía una sierva egipcia, que se llamaba Agar. Dijo entonces Sarai a Abram: Ya ves que Jehová me ha hecho estéril; te ruego, pues, que te llegues a mi sierva; quizá tendré hijos de ella. Y atendió Abram al ruego de Sarai. Y Sarai mujer de Abram tomó a Agar su sierva egipcia, al cabo de diez años que había habitado Abram en la tierra de Canaán, y la dio por mujer a Abram su marido.”(Gen,26)

Siguiendo este libro de escritura sagrada años más tarde de este acontecimiento nos encontramos con el antecedente más divino que tuvo lugar la práctica de la maternidad subrogada la “gestación de la virgen María” en el Nuevo testamento:

Y el ángel le dijo: No temas, María, porque has hallado gracia delante de Dios: concebirás en tu seno y darás a luz un hijo, y le pondrás por nombre Jesús. Será

grande y será llamado Hijo del Altísimo, el Señor Dios le dará el trono de David, su padre, reinará eternamente sobre la casa de Jacob, y su reino no tendrá fin.

María dijo al ángel: ¿De qué modo se hará esto, pues no conozco varón? Respondió el ángel y le dijo: El Espíritu Santo descenderá sobre tí y el poder del Altísimo te cubrirá con su sombra; por eso el Santo que nacerá de tí, será llamado Hijo de Dios. Y ahí tienes a tu pariente Isabel, que en su ancianidad ha concebido también un hijo, y la que era llamada estéril, hoy cuenta ya el sexto mes, porque para Dios no hay nada imposible. María dijo: He aquí la esclava del Señor, hágase en mí según tu palabra. Y el ángel se retiró de su presencia. (Lucas 1, 26-38)

Pues así trascurrieron muchos siglos se fue practicando esta técnica generalmente en la nobleza de manera asidua. Aunque en aquellos años su práctica era natural, el gobierno de aquellos años pensó en regularlo y se reguló en El Código del rey Hammurabi (1792-1750), creado en 1780 a. C.

Es así que este código es el antecedente legislativo más antiguo del mundo en el que se preocupa por no dejar desamparado al menor nacido bajo esta técnica ni a la madre. Además de preocuparse por el proyecto de vida de la esposa y sobre todo de la familia, en dejar herencia genética. Bajo las normas de este código se permitía utilizar al marido y a la esclava para procrear un hijo y que la esposa criaría como propio.

La práctica de la maternidad subrogada en la antigüedad va desde Roma, Grecia, en el antiguo Egipto, China, Japón, Corea, esta fue la mejor opción para herederos cuando se tenía la imposibilidad de tenerlos dentro del matrimonio por la intención de tener un legítimo heredero al trono y mantener su dinastía. Tal es así que esta técnica forma parte de mitos y leyendas contadas en siglos pasados utilizadas para mantener la dinastía de sus gobernantes y su divinidad así como el 24º tirhancar y último Buda jaimista: Mahavirá [recurso web].

Ya en el siglo IX se cuenta de un antecedente no registrado por el doctor JOHN HUNTER en 1970, el que realizó de manera insipiente, la que se cree que fue la primera inseminación artificial, que consistió en la recolección de semen de manera precaria y se colocó en el conducto vaginal de la receptora en los días de ovulación de

esta en el año de 1790, el que se dice que el niño no tuvo problemas al nacer ni tampoco de salud, aunque no hay registros sobre este dato.

A través de los siglos y la práctica natural de la maternidad subrogada y tras numerosos intentos de lograr un avance científico para solucionar los problemas de fertilidad, en siglo XX aparece una nueva rama de la medicina la “ingeniería genética”, se da la fecundación In Vitro, con ella se abre nuevas formas de maternidad subrogada en las que se encuentra la maternidad subrogada homologa y la heteróloga, y con nuevas expectativas se encuentra una nueva forma de tener hijos genéticos en el vientre de otra mujer; con este descubrimiento científico tan importante para la humanidad se genera conflictos éticos y morales al haber manipulación del genoma humano en pro de satisfacer nuevas necesidades para la sociedad.

2. SUBROGACIÓN:

Es importante tener claro la definición de subrogación para entender de lo que se trata la maternidad subrogada *“Es la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca.* (informe Warnock, 1978) (Orbea Corrales, 2012)

Es importante mencionar que

“Subrogar” es “sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra”; “Delegar” es “Dar una persona a otra la jurisdicción que tiene por su dignidad u oficio, para que haga sus veces o confiarle su representación”; o “sustituir o “substituir” es “poner a una persona o casa en lugar de otra” (Dic.Real. Aca. Esp.) (Faugier, (sin fecha))

En base al concepto de lo que significa la subrogación trasladándonos al tema que es motivo de discusión encontramos en una jurisprudencia Argentina la que establece la maternidad subrogada seria trasladar la maternidad a otra para que geste un hijo que es propio genéticamente o que es propio por intensión, es hacer que una mujer, cuyo vientre sustituto albergue un niño que al cabo de un tiempo será cuando se dé el término del embarazo entregue a la pareja de quien recibió el encargo de embarazarse.

3. MATERNIDAD:

a. NOCIÓN:

Maternidad es la cualidad que tienen las mujeres, es sin duda la más hermosa expresión de la naturaleza, es la satisfacción más intensa de los seres humanos el poder experimentar la vida desde el momento de su gestación hasta el alumbramiento. Los lazos que se dan entre madres e hijos desde la concepción es de vital importancia, pero sobre todo el que se logra al amamantar al niño la conexión del pecho de la madre con el hijo es como dice *“pero si las madres se dignan a amamantar a sus hijos, las costumbres se reforman los sentimientos de la naturaleza se despertaran en todos los corazones, y repoblara el estado”* (Rousseau, 1998).

Sin embargo, esta figura tan natural innata al ser humano se está viendo afectada por el avance científico y tecnológico, ya que se crea un conflicto por ser compartida tanto por la madre biológica y la madre gestante (Calva Delgado, 2004).

Se dice que la maternidad es el *"Estado o cualidad de madre"*. Entre tanto el vocablo madre tiene las siguientes acepciones: *"Hembra que ha parido"*, *"Hembra respecto de su hijo o hijos"*, *"Mujer casada o viuda, cabeza de su casa"* (Diccionario Real Academia de la Lengua, 1192)

El significado en el ámbito jurídico es una institución de la filiación es la unión de los descendientes (hijos) con los progenitores (padres) ya sea bajo ley natural o la figura de la adopción.

Es tan hermoso este sentimiento y la sensación que se tiene al tener un hijo en el vientre que algunos autores consideran que *¡Ser madre! ... quiere decir hacer, con sangre de nuestra sangre y carne un hombre o una mujer futuros. Ser madre quiere decir sufrir, sacrificarse, vivir, amar, eternizarse en una obra ideal.* (Montseny, 1997)

Basada en estos conceptos de lo que representa ser madre y la maternidad en sí; y la importancia que marca el tener un hijo para el completo desarrollo integral y sobre todo emocional de las mujeres, es primordial solucionar el problema de fertilidad en aquellas mujeres que se encuentran imposibilitadas para concebir, con el empleo de técnicas de reproducción asistida y así suplir el impedimento de estas y poder tener un hijo logrando así la realización del proyecto social de vida.

b. REGULACIÓN JURÍDICA:

La maternidad subrogada pese a ser una práctica antediluviana, en la actualidad contamos con una norma jurídica que regula las técnicas de reproducción asistida de manera muy somera, pues el legislador se ha mostrado rutinario, sordo, arista en cuanto al avance científico y tecnológico que cubren las necesidades de una parte de la sociedad, necesidades que resultan primordiales para lograr el desarrollo psicosocial familiar y el desarrollo integral de la mujer.

Es importante citar a la Declaración de Barcelona con ocasión del 5º WORLD CONGRESS OF PERINATAL MEDICINE (23-27 septiembre 2001) en la que se manifestó la importancia que tiene la maternidad y la libre elección de ser madre o no y la obligación del estado en todos los países del mundo se debe de garantizar una maternidad sin riesgo, garantía que se ha de traducir en asignación. La mujer gestante no debe sufrir ningún problema de discriminación por el estado de gravidez que se encuentra, además debe contar con los recursos necesarios prestados por el estado para su correcta atención, para esto el estado debe brindar el sistema de salud que proteja y atienda a la madre gestante para su bienestar y en pro del bienestar del no nacido, posterior velar por la salud del recién nacido, la maternidad no puede verse limitada en base a la estructura social. La mujer trabajadora que reciba un salario debe contar con una consideración especial en cuanto a los permisos. Lo más importante de esta declaración está en proteger a *“Las mujeres embarazadas con drogadicciones, SIDA u otros problemas médicos o sociales que auspicien marginación, tienen derecho*

a ayuda y a programas específicos” además del derecho a su intimidad que toda mujer tiene. (Barcelona, Ucinco, 2001)

En el Perú nos encontramos con preceptos legislativos que protegen a la gestante como en Código Penal Peruano sobre el abandono de una mujer en estado de gestación sancionado la conducta de aquel que atenta contra la integridad de ella y del no nacido Art. 150(1991).

el que abandona a una mujer en gestación, a la que ha embarazado y que se halla en situación crítica, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de cuatro años y con sesenta a noventa días- multa.

A través de los años se han logrado que la mujer adquiriera igualdad ante la sociedad, obtener los mismos derechos que los hombres, ya que por muchos años la mujer fue desdeñada; transcurrieron muchos años para lograr incrementar derechos como mejorar las condiciones laborales de una madre gestante como el caso de la ley 26644 Artº1(1996) al establecer que:

Es derecho de la trabajadora gestante gozar de 45 días de descanso prenatal y 45 días de descanso post-natal. El goce de descanso pre natal podrá ser diferido, parcial o totalmente, y acumulado por el post-natal, a decisión de la trabajadora gestante. Tal decisión deberá ser comunicada al empleador con una antelación no menor de dos meses a la fecha probable del parto.

Sin embargo, el legislativo pensó en aquellas mujeres integrantes de la otra parte de la sociedad, la que consiste en poder cubrir las necesidades de mujeres con algunas dificultades; en la Ley N° 29992(2015) *“el descanso postnatal se extiende por treinta (30) días naturales adicionales en los casos de nacimiento múltiple o nacimiento de niños con discapacidad.*

4. TRANSTORNOS DE LA MATERNIDAD

La maternidad puede verse afectada por algunos factores que limiten la o contraindiquen la fecundación en la mujer tales como:

4.1. INFERTILIDAD.

Es la incapacidad reproductiva que se presenta tanto en hombres como mujeres, esta infertilidad se divide por clases.

a. Infertilidad primaria en el hombre.

Este tipo de infertilidad se caracteriza por que el hombre nunca embarazo a una mujer, por tener alguna alteración en la calidad del líquido seminal. La OMS establece valores que cuya alteración se considera una alteración en la fertilidad.

Uno de los problemas que se produce es la “azoospermia”; problema que se caracteriza por la ausencia de espermatozoides al momento de eyacular, convirtiéndose en un semen carente de espermatozoides (viscoso) el cual afecta al 2% De los varones y puede ser de dos tipos una secreta caracterizada por la no producción de espermatozoides el que puede ser cromosómica o genética; otro problema es la “criptorquia” conocida porque existe anomalía en los testículos por no haber descendido a la bolsa escrotal, o talvez producto de infecciones testiculares sufridas generalmente de niños al tener estos paperas o también llamadas orquitis; dentro de estos encontramos a pacientes que sufren alguna enfermedad degenerativa y que resultan impedidos de producir espermatozoides ya sea por un déficit en la producción de hormonas o a consecuencia de cáncer que se trata con radioterapia o quimio terapia, las que son radicales. Encontramos pacientes que su problema se debe a un problema hormonal ya que se trata con la administración de hormonas.

El segundo problema denominado azoospermia obstructiva es la que mejor solución tiene ya que se corrige con la cirugía reparadora, que se genera por la obstrucción de los conductos seminales a consecuencia de alguna infección, hay producción de espermatozoides los que no pueden ser liberados, y la técnica que más se utiliza en este problema de fertilidad es la reproducción In Vitro.

b. Infertilidad secundaria en el hombre.

Esta clase de infertilidad se puede deber a un defecto congénito también puede darse por enfermedades adquiridas como el alcoholismo que se caracteriza por la disminución de la producción de espermatozoides o generar una impotencia sexual, también se da por el consumo de fármacos que disminuyen el líquido y producen disfunción eréctil, por otro lado, también se produce por la obesidad, tabaquismo o por la realización de una vasectomía siendo esta última una decisión del paciente.

c. Infertilidad primaria en la mujer.

Se da en mujeres que nunca han podido concebir un hijo y se demuestran alteraciones en el funcionamiento de los órganos del aparato reproductivo que provoca su infertilidad.

d. Infertilidad secundaria en la mujer.

La causa secundaria de infertilidad en la mujer puede darse por problemas hormonales, ovulación irregular, también puede darse por las mismas causas que se producen en el hombre por consumo de alcohol, tabaco, o como consecuencia de enfermedades que tienen como efecto secundario la disminución de producción de óvulos, e inclusive afectando la producción de estos, la obstrucción de trompas de Falopio es otro problema ya que esto produce que el óvulo y el espermatozoide no se fecunden, encontramos también alteraciones del moco cervical que actúa como espermicida no dejando que se fecunde el óvulo.

4.2. ENFERMEDADES QUE CONTRAINDICAN O LIMITAN LA FECUNDACIÓN EN LA MUJER.

a. CÁNCER FEMENINO DE CUELLO UTERINO.

El cáncer es una enfermedad degenerativa de una célula que va comprometiendo a diferentes órganos y tejidos del cuerpo, afecta a hombres, mujeres y niños a nivel mundial, convirtiéndose según la Organización Mundial de la Salud [OMS] en Nota descriptiva N°297 de Febrero de 2015 en la principal casusa de Morbilidad y Mortalidad, en todo el mundo señalados así en el Informe mundial sobre el cáncer 2014, IARC, hay cifras que muestran que una gran porción de la sociedad está siendo

afectada por esta enfermedad ya que para el 2012 surgieron 14 millones de casos de cáncer de los cuales 8,2 millones de estos fueron la principal causa de muerte, aumentando desde el 2012 de 14 millones a 22 millones en los próximos años, entre los afectados esta las mujeres que superan los 40 años. En el Perú la principal causa de muerte viene siendo el cáncer; es importante señalar que hay otra parte de la población que sobrevive al cáncer pero que se tiene que lidiar con las consecuencias de haberlo padecido teniendo como la principal el hecho de no poder concebir ya que una paciente que tiene cáncer recibe quimioterapias las que afectan directamente al sistema reproductivo resultando el útero incapaz de soportar un embarazo posterior a la enfermedad o daño irreversiblemente a los ovarios, y en el peor de los casos terminando en un histerectomía.

Pues una solución al problema de fecundación posterior a la enfermedad devendría en la extracción de óvulos para su crio conservación, los que luego serían fecundados haciendo uso de la fecundación In Vitro en el vientre de otra mujer lo que se denomina como maternidad subrogada, así la paciente que sufre de cáncer cervical tendría la oportunidad de tener hijos genéticos en el vientre de otra mujer, logrado de esta manera una estabilidad emocional y la satisfacción de la realización de su proyecto de vida si es que aún no ha concebido ningún hijo antes de su enfermedad. A continuación, se muestra una tabla publicada por el INEI del morbilidad y mortalidad de cáncer en mujeres del 2000 al 2014 .

TABLA Nº 1

TABLA Nº 1

Casos nuevos de cáncer registrados en el INEN, período 2000-2014 (mujeres)

LOCALIZACION	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
CERVIX	1319	1360	1402	1337	1378	1350	1532	1499	1621	1593	1567	1610	1635	1575	1485
MAMA	1018	1002	1015	1009	1016	1034	1160	1112	1105	1193	1236	1274	1337	1230	1212
ESTOMAGO	277	288	267	270	283	290	331	335	344	384	365	365	383	422	443
TIROIDES	200	176	188	217	243	233	232	217	249	256	284	358	392	402	472
LINFOMA NO HODGKIN	225	214	244	202	251	253	266	237	236	241	287	250	276	308	270
PIEL NO MELANOMA	199	185	189	195	193	200	225	224	225	246	257	269	300	276	303
PULMON	152	117	150	161	186	190	196	209	215	219	210	221	208	202	226
OVARIO	182	157	166	187	156	180	198	163	188	203	240	209	199	202	200
LEUCEMIA LINFOIDE	119	125	125	137	136	142	138	140	141	131	125	150	170	170	177
CUERPO UTERINO	81	78	93	101	105	101	124	116	122	135	145	173	148	175	165
PRIMARIO DESCONOCIDO	127	114	135	121	147	110	111	115	110	123	100	125	126	139	134
CAVIDAD ORAL	84	91	109	103	116	116	122	128	121	114	134	153	145	137	155
COLON	81	69	83	93	67	112	119	119	130	136	152	154	151	164	137
VENECULA BILIAR	77	85	73	90	94	93	111	114	111	133	118	128	158	152	146
SIST NERVIOSO CENTRAL	69	93	83	105	92	80	98	84	79	83	119	120	131	161	176
TEJ BLANDOS Y PERITONEO	62	83	88	84	100	93	112	113	89	84	101	107	93	104	110
RECTO	69	59	67	60	74	70	76	90	116	125	111	107	132	126	114
LEUCEMIA MIELOIDE	78	76	77	86	84	90	97	79	86	83	83	100	92	112	96
RIÑON	57	59	53	53	53	53	87	88	88	91	71	81	104	99	118
MELANOMA	54	61	53	56	68	67	87	93	68	75	57	70	91	86	104
PANCREAS	44	48	64	50	47	70	77	61	64	83	70	96	98	88	100
HIGADO	61	51	61	60	57	60	70	78	66	80	89	85	66	79	88
ANO	39	32	34	41	36	44	51	48	31	56	50	52	59	60	63
HUESOS Y CARTILAGO	26	26	39	35	33	46	45	44	41	51	36	39	44	43	52
VULVA	33	29	40	22	38	29	39	29	39	44	44	42	50	48	41
OVO	29	26	35	18	36	30	39	35	36	35	38	48	39	44	51
VEJIGA	29	31	26	31	32	37	26	30	28	34	28	43	41	34	55
VIAS BILIARES	19	15	18	17	29	14	28	34	35	35	35	40	39	43	42
COBOCARCINOMA	37	29	27	45	34	27	36	38	27	30	19	20	23	18	16
LINFOMA HODGKIN	28	21	27	31	30	24	38	23	26	26	22	23	25	31	32

b. BULIMIA Y ANOREXIA.

Tanto la Bulimia como la Anorexia son enfermedades psicológicas, la primera genera una gran ansiedad de comer, sin que pueda controlar su apetito, el luego deviene en un gran sentimiento de culpa, en ese momento es el que se induce el vómito para eliminar todo lo que ha comido, inclusive llegan a tomar grandes cantidades de laxantes para que de esta manera puedan compensar lo que ingieren; esta enfermedad afecta a una gran parte de la población, tanto hombres como mujeres, las causas de padecer bulimia se cree que es por falta de afecciones sentimentales, ya que se pretende satisfacer así, su carente auto estima, los problemas que se complican como consecuencia de esta enfermedad es la pérdida de líquidos desencadenando una deshidratación por la pérdida de potasio, flora intestinal, la aparición de caries, caída de cabello, finalmente un desorden en el ciclo de la menstruación generando amenorrea, siendo la complicación más grave de la bulimia “el coma”.

En cuanto a la anorexia se refiere a la ausencia del apetito, pérdida excesiva de peso por debajo de lo requerido, hay inanición, pues las complicaciones que se generan por el padecimiento de estas enfermedades son las mismas en ambas ya que se dan complicaciones para gestar, al alterarse el sistema pituitario del hipotálamo responsable de la producción de hormonas las que se ven afectadas por la anorexia,

originándose amenorrea, inclusive aumenta la producción de testosterona en las mujeres, se cree además que generan problemas durante el embarazo al crear trastornos alimenticios.

Pues siendo la bulimia y la anorexia un problema que se está generando por presión de la sociedad, por carencias afectivas, y que las personas que sufrirían de anorexia y bulimia crean un ambiente para que el hijo de estas también tenga desórdenes alimenticios, una opción para que no suceda también recae en la fecundación In Vitro ya sea por la inseminación artificial si quiere ir más allá la maternidad subrogada.

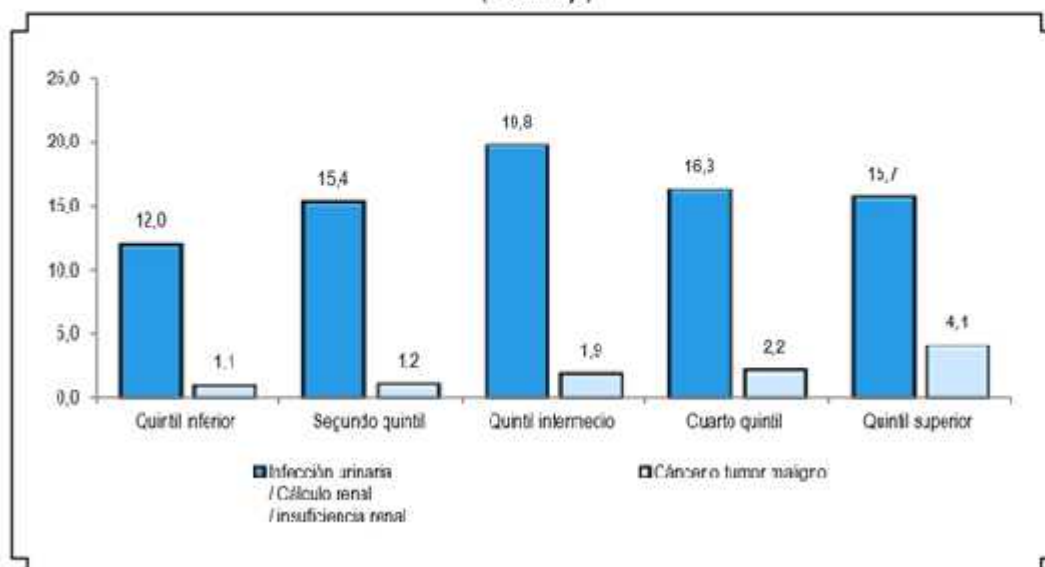
c. INSUFICIENCIA RENAL

La insuficiencia renal es una enfermedad que afecta directamente al funcionamiento de los riñones; después del cáncer la insuficiencia renal es una enfermedad que afecta a una parte de la población, manifestándose con la reabsorción de la orina desencadenando una anuria, también podría darse el caso de que se produzcan muerte de células renales produciéndose una ausencia renal permanente, o quizás un infarto renal, cualquiera que sea el problema que afecte al riñón creando una insuficiencia renal puede devenir en una complicación para quedar embarazada ya que se atentaría contra la vida de la paciente y del feto, una de las indicaciones como las otras enfermedades es el uso de las técnicas reproductivas.

GRAFICO Nº 1

PERÚ: POBLACIÓN ADULTA MAYOR CON INFECCIÓN DE VÍAS URINARIAS Y CÁNCER O TUMOR MALIGNO, SEGÚN QUINTIL DE RIQUEZA, 2012

(Porcentajes)



Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática - Encuesta Demográfica y de Salud Familiar.

d. CARDIOPATÍAS.

De acuerdo a la OMS en su Nota descriptiva de enero de 2015 las cardiopatías pueden ser distintas, no solo se dan en personas de avanzada edad, por lo general es una enfermedad que afecta a cualquier edad cuyo indicie “Se calcula que en 2012 murieron por esta causa 17,5 millones de personas, lo cual representa un 31% de todas las muertes registradas en el mundo. De estas muertes, 7,4 millones se debieron a la cardiopatía coronaria, y 6,7 millones, a los AVC”.

Dentro del tratamientos para alguna cardiopatía se encuentra la limitación del embarazo ya que está contraindicado, por aumentar el riesgo de agudizar el ritmo cardiaco, taquicardia, apnea de acuerdo a la cardiopatía que tenga cada paciente, y se recomienda si la enfermedad es complicada que el embarazo sea postergado ya que podría generar la muerte del paciente y del feto.

Una solución al igual que la otra sería el de recurrir a técnicas de reproducción asistida, como deviene en imposible el gestar la técnica recomendada sería la de la maternidad subrogada, ya que solo se necesitan los óvulos de la paciente para que sean fecundados en el vientre de otra mujer.

5. LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO MEDIO DE SOLUCIÓN A LA INFERTILIDAD.

Tras numerosos estudios respecto a los factores que determinan la infertilidad o la limitación de la gestación, surgen avances científicos y tecnológicos los que se dedicaron a dar solución a estos problemas con el uso de técnicas de reproducción humana, como la fecundación In Vitro y con ella la maternidad subrogada.

Cabe mencionar que la maternidad subrogada es un método en el que se hace necesario el uso de las técnicas de reproducción humana asistidas que es

recomendable para aquellas parejas que con otro método les fue imposible de ser padres, resulta más complicada que otras técnicas por necesitar de otra persona para la gestación en cualquiera de sus formas ya sea homologa o heteróloga.

La práctica de la Maternidad Subrogada es aplicable para cualquier problema de fertilidad ya sea de índole genético o adquirido ya sea por parte del hombre o de la mujer en cualquiera de sus formas de subrogación.

El sometimiento a la práctica de la maternidad subrogada puede darse de muchas formas ya sea que se mantenga los rasgos biológicos por lo menos de un lado de la pareja o no.

Una de las formas es la maternidad subrogada gestacional sin perder el vínculo biológico de uno de los padres en este caso el del padre se hará con un ovulo donado, esta técnica se aplica cuando la que padece de infertilidad es la mujer la que sufre de incapacidad para la producción de óvulos por lo tanto el fecundar; los intervinientes son la pareja que aporta con el espermatozoide, la donante de ovulo y la madre sustituta, el hijo si proviene de un acto jurídico como el matrimonio este mantendría la filiación biológica solo con padre, ente tanto la esposa de este tendría que adoptarlo.

Otra forma de aplicación de esta técnica es cuando el hombre tiene algún problema de fertilidad, lo que implicaría buscar un donador de esperma el que será fecundado con el ovulo de la mujer, en una vientre de alquiler, los intervinientes en este proceso de maternidad subrogada gestacional los intervinientes son por un lado la pareja solicitante con el ovulo de la mujer, el donador de esperma y la mujer portadora de la fecundación, en este caso el hijo nacido dentro del matrimonio o la unión de hecho tendría su madre biológica y bajo los lineamientos del derecho opera el principio de presunción del hijo dentro del matrimonio, el que será reconocido como hijo por el padre siempre y cuando este haya dado su consentimiento para que se realice la gestación con el esperma donado.

Por otro lado nos encontramos con la maternidad subrogada gestacional que bajo la óptica de esta investigación sería la que menos complicaciones tendría al momento de entregar al hijo a la pareja contratante al no existir ninguna duda que el hijo es biológicamente de la pareja ya que el ovulo y el espermatozoides serían donados por la pareja contratante, la que tendría algún impedimento para la gestación, que significaría poner en riesgo su vida y la del niño o que tras someterse algún tratamiento de quimioterapia decidió antes reservar bajo la técnica de criopreservación guardar sus óvulos para luego ser fecundados tal es así que esta técnica deviene en la más indicada práctica de maternidad subrogada ya que se constituye en la última opción de tener un hijo biológicamente propio ya que los intervinientes se limitan únicamente a la pareja contratante los que aportan los gametos y la madre sustituta la que alquila el vientre, a diferencia de las demás variantes de maternidad subrogada en este tipo solo actúan dos partes mientras que en las otras esta donador, la pareja y la madre sustituta, en este el reconocimiento se da por la filiación matrimonial, el hijo es biológicamente suyo.

Cabe mencionar que existen otras variantes de maternidad subrogada con la que esta investigación no comparte su práctica ya que se estaría vulnerando el derecho a la identidad del nacido bajo esta técnica, el cual podría recaer un posterior tratamiento psicológico, ya que no tendría madre conocida si es que se practica la maternidad con madre soltera ovulo donado o no, espermatozoides donado y la madre sustituta, el otro caso podría ser que se aporta el espermatozoides un hombre solo busca una donadora de ovulo y una madre sustituta, cualquiera de estas últimas modalidades de maternidad, se requiere un estudio más profundo si es que sería aconsejable poner en práctica estas técnicas, ya que el estudio a tomar en cuenta estaría basado únicamente en el interés superior del niño.

6. TIPOLOGÍA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

La maternidad subrogada o maternidad sustituta debe ser analizada de acuerdo a su tipología, ya que esta tiene clasificaciones.

6.1. MATERNIDAD SUBROGADA HETEROLOGA.

Este tipo de reproducción asistida se da cuando la fecundación de uno de los gametos de la pareja o cónyuge con un ovulo o esperma donado, o quizás con la donación de ambos lo que son fecundados e implantado en un vientre sustituto, dándose de la siguiente manera:

- a. Esperma donado + ovulo de la mujer (pareja requirente) + madre sustituta.
- b. Ovulo donado + esperma del hombre (pareja contratante) + madre sustituta.
- c. Ovulo donado + esperma donado + pareja contratante+ madre sustituta.
- d. Ovulo donado + esperma de hombre soltero (no tiene pareja) + madre sustituta
- e. Esperma donado + ovulo donado de mujer soltera (no tiene pareja) + madre sustituta.
- f. Esperma de hombre (pareja contratante) + ovulo de la madre sustituta (doble función)

Como podemos observar los intervinientes en esta técnica son varios en el que el proceso de gestación devendría en un conflicto jurídico si es que no se llega a entregar el niño después del parto, siendo el más arriesgado cuando la madre sustituta también es la que aporta sus óvulos, ya que esta tendría un apego emocional por el producto que lleva, y tendrían que enfrentar una negativa además de ellos reconocer que ella es la adre biológica del niño que llevo en su vientre.

6.2. MATERNIDAD SUBROGADA HOMOLOGA

Este tipo de subrogación, se da cuando el material genético aportado proviene directamente de la pareja, los que se fecundan en un laboratorio, luego ser implantado en el útero de la madre sustituta, naciendo un hijo biológicamente de la pareja. Esta práctica es la más aconsejable.

7. LA MATERNIDAD SUBROGADA HOMOLOGA COMO MEDIO DE SOLUCIÓN A LA CONTRAINDICACIÓN O LIMITACIÓN DE LA FECUNDACIÓN EN LA MUJER

Entre tanto la maternidad subrogada homologa se convierte en la perfecta opción para aquellas parejas que no tienen un hijo por problemas o limitaciones a la fecundación como resultado de haber padecido alguna enfermedad que afecto directamente al aparato reproductor femenino que va desde una histerectomía hasta la alteración en la producción de óvulos, pero que previo a recibir tratamiento para el padecimiento de la enfermedad se someten a la extracción de sus óvulos para que con la crioconservación se mantengan hasta el momento en el que se decida optar por tener un hijo, podría una mujer enfrentar la situación el que una mujer nunca fue madre antes de padecer alguna enfermedad que afecte a la reproducción, en ese caso resulta el impacto psicológico más fuerte ya que la frustración que siente afecta a sus autoestima llegando a producirse altos niveles de estrés. Para realizar la maternidad subrogada en la modalidad homologa hay que tener en cuenta que se realiza entre la pareja contratante que aporta el material genético (ovulo y espermatozoides) y la madre sustituta la que aporta su vientre, todo esto este proceso recae en el nombre de la maternidad subrogada homologa.

En los últimos años se han visto incrementados los casos de cáncer, principalmente el cáncer uterino, el que afecta a un gran porcentaje de mujeres en edad fértil cuya consecuencia de padecerla es la imposibilidad de gestar.

El impacto psicológico que genera en la mujer la imposibilitada de gestar crea un ambiente caótico, baja su autoestima genera un clima de estrés ansiedad, ve frustrado su ego; Freud decía:

El Yo está justo en el centro de grandes fuerzas; la realidad, la sociedad, está representada por el Superyo; la biología está representada por el Ello. Cuando estas dos instancias establecen un conflicto sobre el pobre Yo, es comprensible que uno se sienta amenazado, abrumado y en una situación que parece que se le va a caer el cielo encima. Este sentimiento es llamado ansiedad y se considera como una señal del Yo que traduce sobrevivencia y cuando concierne a todo el cuerpo se considera como una señal de que el mismo está en peligro. (Boeree, (sin fecha))

Bajo estas condiciones resulta importante satisfacer las necesidades de una parte de la sociedad, en este caso estaría relacionado con la fecundidad, al lograr tener un hijo biológico se estaría materializando una parte de la realización de su feminidad en

el caso no haber sido madre alguna vez; con la maternidad subrogada homologa se lograría mejorar sus relaciones sociales, personales y sobre todo de pareja, ya que es bien sabido que la infertilidad crea un clima caótico de culpabilidad por cualquiera de las partes.

El nacimiento del niño bajo esta técnica no afrontaría problemas de identidad y filiación ya que genéticamente es el hijo de la pareja contratante con la única variante que logro su desarrollo en un vientre distinto al de su madre.

CAPITULO II:

IMPACTO PSICOLÓGICO

IMPACTO PSICOLÓGICO DE LA LIMITACIÓN A LA FECUNDACIÓN EN LA MUJER Y LA PAREJA.

La unión del hombre y la mujer es por amor, se funda en un principio básico de formar una familia y procrear, pero que sucede cuando la familia en especial la mujer ve frustrado este papel tan importante que quiere desempeñar en la vida, lo que significa ser madre.

Es así que la infertilidad o la limitación de fecundar repercute en las relaciones afectivas en la pareja y en la autoestima de la mujer, al verse presionada por la sociedad y su feminidad, ya que ve frustrado su proyecto social de vida y la realización plena de mujer.

Se han venido realizando estudios sobre el impacto emocional de la infertilidad dentro de la pareja, haciendo una descripción emocional de las personas que pasan por este problema; arrojando como resultado que el hecho de no poder concebir genera un gran nivel de estrés y ansiedad los que posteriormente presentan cuadros depresivos y alteraciones hormonales.

...Se ha descrito, en primer lugar, una crisis vital, la cual se origina en múltiples factores y genera un gran desgaste emocional para la pareja, dada su ciclicidad. Se caracteriza porque una y otra vez se repite la vivencia de esperanza (al inicio del ciclo) y fracaso (cuando llega la menstruación). En segundo término, impactan el elevado costo económico del tratamiento, el sometimiento a procesos quirúrgicos con el dolor físico que conllevan, y la invasión a la privacidad sexual de la pareja (Jadresic, 2000)

Teniendo en cuenta que la motivación de toda mujer es poder dar vida, ya que al momento del nacimiento es un momento feliz, el ser madre aumenta la autoconfianza, mejora su auto estima, y al no poder lograrlo por alguna causa ya sea genética o adquirida ve frustrada su feminidad, se crea un conflicto emocional, baja su autoestima, se cree culpable en la relación de pareja ya que se cree inferior, sus relaciones sociales también se ven afectadas al generarse conflictos al ver a otras mujeres con hijos como envidia y angustia. La infertilidad merece apoyo de los dos no importa quién sea el responsable.

Considerando el avance tecnológico y científico que se realiza en la sociedad y conocedores del problema emocional y daño a la autoestima que ocasiona la infertilidad se ha estudiado técnicas para dar solución a este problema como técnicas de reproducción asistida, las que se ponen en práctica con el solo objetivo de brindar una mejora en la vida de las personas infértiles y con ello su auto estima.

No obstante, cabe mencionar que en los últimos años demuestran que existe un impacto psicológico significativo en la pareja infértil.

A través de investigaciones controladas han ido apareciendo datos que van confirmando el tipo de problema y la magnitud. En esta dirección destacan los

resultados de la investigación de Oddens et al. (1999) realizada sobre una muestra de 281 mujeres que esperaban para recibir tratamientos de reproducción asistida, en tres países distintos (Bélgica, Holanda y Francia), que fue comparada con otras 289 de características similares, pero sin problemas de fertilidad (grupo control). Aparecieron diferencias significativas entre los dos grupos en los siguientes aspectos, con la prevalencia que se indica para el grupo que se investigaba: 1) Sentimientos negativos y autovaloraciones negativas (sentirse inadecuado (44,8%), deprimido (77,9%), dañado (84,4%), culpable (37,4%), aislado (50,5%), con ira (73,3%), avergonzado (37,2%), perturbado (77,0%)). 2) Relaciones de pareja (apoyo del compañero (92,9%), compañero alterado (37,5%), mal compañero (67,7%), menor satisfacción con la relación (8,7%), relación menos estrecha (4,5%)). 3) Sexualidad (menor interés sexual (31,5%), menor satisfacción sexual (20,6%), menor placer sexual (25,7%), menor espontaneidad en el sexo (48,1%), menor frecuencia coital (22,3%)). (Llavona Uribe Larrea, 2008)

Siguiendo el estudio que realiza María Llavona Uribe Larrea sobre **EL IMPACTO PSICOLÓGICO DE LA INFERTILIDAD** de la Universidad Complutense de Madrid, haciendo referencia de lo que ella cita es preciso recalcar que en lo personal “... *considera la paternidad como un objetivo central de la vida de un adulto...*” la que se ve frustrada con la infertilidad ya sea de nacimiento o como limitación o contraindicación a consecuencia de una enfermedad, la que pondría en riesgo su vida de la madre y del niño, es importante mencionar que la situación social, sus relaciones personales con los que la rodean resulta empobrecida, además de enfrentarse a personas que le recuerdan a cada instante su infertilidad.

La licenciada Cristina Heinzmann habla sobre la infertilidad en la pareja en una entrevista, refiriendo que las mujeres desde pequeñas vivencian la maternidad, pero cuando la pareja comienza a vivir un romance avanza en su relación y se fortalece se construye entre los dos un espacio que está lleno de una sensación de ambos, está ilusión es de formar su propia familia, estar juntos casados o no; comienza toda lo

relacionado con la búsqueda de un hijo, pero ¿qué pasa cuando no se da? produce un cumulo de sensaciones, de sentimientos y frustraciones en ambos ya sea individualmente o conjuntamente.

Stella Maris Maruso fundadora de la fundación salud describe que es notorio poder ver en el caso de infertilidad como se experimentan niveles de ansiedad y angustia compatibles con las personas que experimentan el diagnóstico de cáncer, si podemos disminuir los niveles de ansiedad, angustia, estrés, aumentando la neuro plasticidad del cerebro ampliando el crecimiento del cerebro logrando una capacidad de resistencia mayor, estamos abriendo posibilidades a lo que antes se llamaba milagroso y ya no lo es. calmando las corrientes del alma activando el potencial que está a nuestra disposición vamos a lograr un resultado diferente (<https://www.youtube.com/watch?v=Cha3iU9UcO4>).

1. IMPACTO PSICOLÓGICO DE LA MADRE SUSTITUTA

Con la infertilidad tanto en la mujer como en el hombre y su repercusión dentro de la pareja, ha generado medios alternativos para solución de este problema siendo uno de ellos la maternidad subrogada, aun controversial en algunas partes de mundo en las que aún no sea han llegado a pronunciar legalmente, ya sea por confort, o por rutinarios legisladores, que no creen conveniente pronunciarse acerca de este punto, sin embargo aunque no se cuenta con una legislación dedicada a regular las técnicas de reproducción asistida y por ende la maternidad subrogada en nuestro país no ha sido impedimento para que esta se ponga en práctica y la gran preocupación es por saber cuál es el impacto psicológico que causa.

En lo que se refiere a maternidad subrogada se recomienda que la que va a ser el vientre sustituto sea una mujer que ya haya sido madre, con la finalidad de que no pueda sentir ninguna confusión al momento que tenga que entregarlo, ya que sabrá cual son sus hijos y cual es por encargo que debe albergar por lo que dure el embarazo.

Saben que es el hijo de otro. No les cuesta dejarlo; lo que más sienten es perder el contacto con la pareja que quiere un hijo, su amistad. La mujer que alquila su vientre no lo hace sólo por generosidad o por dinero. Son mujeres que fueron salvadas por su maternidad y por eso quieren salvar a otras. (Rojas J. , 2015)

2. IMPACTO PSICOLÓGICO DE LA PAREJA CONTRATANTE

Respecto al impacto psicológico que causa la infertilidad en la pareja, dependerá de quien es el que la sufre, afectado de distinta manera, entre el hombre y la mujer, pero compartiendo la misma frustración dentro de la relación.

Respecto a la infertilidad, se pueden dividir en dos aspectos, cuando el varón es infértil y cuando la mujer es infértil, este tipo de infertilidad puede ser de nacimiento o como consecuencia de alguna enfermedad que limita o contra indica la fecundación.

La infertilidad cuando es de nacimiento, y la padece el hombre, igual culpa a la mujer de la infertilidad no acepta su condición. El conflicto surge creando confusión, incertidumbre, frustración, las personas sienten compasión de la pareja, la que agudiza más e dolor de no poder tener hijos; siendo la solución el apoyo mutuo de la pareja, sin buscar culpables, no importa quien tenga el problema. La sensación de angustia por no poder continuar con la herencia genética es una responsabilidad grande la que ven frustrada por el impedimento de la gestación, sumado a eso a la enfermedad que están enfrentando y que la limita quedar embarazada el trauma es doblemente más intenso. La frustración y culpabilidad es una constante en la vida da mujer que la sufre, la que afecta directamente en su relación de pareja.

Sin embargo, lo que respecta la limitación de la fecundación o gestación en la mujer por alguna enfermedad ajena a la fertilidad, el impacto psicológico que enfrenta la mujer es doblemente traumático que ve frustrada su feminidad y su proyecto de vida, que, aunque sean fértil no pueden concebir, su entorno se vuelve vacío oscuro, sin embargo encuentran una posibilidad en el uso de la técnicas de reproducción In Vitro en el uso de la “técnica del vientre de alquiler”, en la única posibilidad que le resultaría ser madre y tener un hijo genéticamente propio.

Al acudir a la práctica de las técnicas de reproducción asistida, para utilizar la maternidad sustituta o subrogada, ven realizado el proyecto de vida y la familia, la frustración, el vacío desaparece, viven la maternidad de la madre sustituta como suya, comparten todas las vivencias en perfecta armonía con la gran esperanza de tener un hijo, el momento del nacimiento es el más esperado, la diferencia entre si gestarlo la misma madre genética y la madre sustituta el cariño el amor es el mismo. El impacto psicológico negativo que marco en su momento la infertilidad o la limitación de la gestación desaparece con la maternidad subrogada.

3. IMPACTO PSICOLÓGICO DEL MENOR NACIDO BAJO LA TÉCNICA DE LA MATERNIDAD SUBROGAD.

No hay estadísticas que demuestren la cantidad exacta de los niños nacidos bajo la técnica de vientres de alquiler, pero en las empresas extranjeras legalmente constituidas para brindar el servicio de madres sustitutas refieren que **“no existe impacto psicológico negativo en el menor nacido bajo esta técnica”**, ya que ellas cuentan con un amplio equipo de especialistas entre ellos psicólogos que evalúan a las parejas contratantes, madres sustitutas y el seguimiento que le hacen a los niños nacidos bajo esta técnica.

CAPITULO III:

FILIACIÓN, MATERNIDAD SUBROGADA Y LOS DERECHOS COMPROMETIDOS EN EL EJERCICIO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

SUB CAPITULO I

FILIACION Y MATERNIDAD SUBROGADA

1. FILIACIÓN

1.1. CONCEPTO

En la antigüedad esta regla de derecho romano “**mater semper certa est**”, estaba basada en que la madre era la que gestaba, por esta razón se convertía en la representante del niño; en razón que está siempre se conoce por ser la que alumbraba, como imaginar los Romanos que siglos después se iba a dar otras formas de

maternidad en la que la naturaleza quedaba desplazada por mecanismos tecnológicos, en aquella época solo se podría obtener el papel de madre ya sea por alumbrar aun niño o salvo en caso de la adopción, en esta línea de tiempo, más tarde nos encontramos con un conflicto de maternidad diferente a los mencionados a casi a finales de siglo, es así que en 1978 nace primer niño bajo la técnica de reproducción in vitro, técnica que origina una profunda investigación logrando hasta ese momento que parecía inalterable, sustituir la naturaleza, encargada de decir quien podría ser madre y quien no, pasando de madre natural a madre sustituta.

Como consecuencia del empleo de estas nuevas técnicas, trae calidad de vida para aquellas mujeres que antes de esta era imposible ser madres, pero además de todas las bondades de este descubrimiento por parte de la ciencia y la tecnología, logrado satisfacer necesidades de una parte de la sociedad, surgen nuevas interrogantes y conflictos, como la filiación de niños nacidos bajo la técnica de la maternidad subrogada, en cualquiera de sus modalidades ya sea homologa o heteróloga al tener una madre natural y una madre biológica, y la pregunta es ¿quién es la madre? ¿a quién le pertenece el niño? ¿la que tiene la intención de ser madre o a la que gesto? El problema recaería en el momento del registro del niño, y posteriormente una impugnación creándose un conflicto de identidad, considerando que *“La identidad como derecho constitucional; es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro”*. (SESAREGO 2006). Situación ante la cual el derecho en nuestro país y en algunas partes del mundo es rutinario, asincrónico con los avances científicos y tecnológicos, cimentado en una teoría que significa “que el hecho de no tener un porcentaje importante de infertilidad en el país no merece ser regulado” debiendo ser preocupación por aquel único niño que nace bajo esta técnica como sería el proceso filiatorio, al formar parte integrante de la sociedad y el estado por lo tanto con iguales derechos y obligaciones que el resto de la sociedad.

Si la técnica utilizada fuera diferente a la maternidad subrogada y se utilizaría cualquier otra técnica con la que se implique la donación de óvulos también recaería la maternidad en quien tenga la intención de ser la madre; la que registrara con sus apellidos de acuerdo a los datos del parto, por ser la donación de óvulos de manera anónima, así contemplada en países que está regulada.

La filiación en la actualidad en el código civil Peruano Art.361 se encuentra regulado como *“El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”*.

El código peruano lo divide a la filiación; como filiación matrimonial y filiación extramatrimonial con diferencias entre ambas ya que en la primera tal como lo prescribe el código es dentro del matrimonio y el hijo nacido dentro de él se presume como padre al esposo, lo que no sucede con el hijo extramatrimonial que tiene que seguir todo un proceso.

Además, es preciso señalar que La filiación matrimonial, se presume que el hijo nacido dentro de un matrimonio la condición de padre se le reputa al marido, aunque no estén divorciados y la madre tenga otra relación, entre tanto el marido no haga ningún proceso de negación de paternidad ya que los hijos serían considerados legítimos.

Por otro lado, tenemos a los hijos extramatrimoniales los que se tiene fuera del matrimonio, ya sea en personas con ningún impedimento, de realizar una vida en común, o fuera del matrimonio, tanto en varones como mujeres, viene siendo el vínculo paterno filial extramatrimonial entre padres e hijos. *El reconocimiento se hace a través de un acto jurídico, unilateral declarativo, solemne e irrevocable, que no admite modalidad*. Para ayudar a resolver el conflicto que se puede generar en la filiación cumple un rol trascendental la prueba biológica del ADN, cuya función es identificar quien es el progenitor.

1.2. TIPOS

Los tipos de filiación pueden ser de dos clases las que dependerá de acuerdo a la relación existente entre el recién nacido y los padres, ya sean biológicos o de intención.

A. FILIACION BIOLOGICA:

En lo que refiere a la filiación biológica es la que esta conectada directamente al hecho natural consanguíneo de padres a hijos, que no son otros si no los que mediante el acto sexual o técnicas de reproducción asistidas aportan material genético para la procreación con la finalidad de la perpetuación de la especie y lograr el proyecto social de vida de ser padres cuyo derecho es natural propio del ser humano, por este hecho la maternidad siempre será conocida.

B. FILIACION JURÍDICA:

La filiación jurídica es una figura del derecho, reconocida por el derecho civil, y no es más que la simulación de la filiación, para otorgar los mismos derechos a los hijos fuera del matrimonio; pero este tipo de filiación también protege a los nacidos bajo las técnicas de reproducción asistida, de esta manera se comprueba que la filiación no es solo un lazo consanguíneo si no también voluntario, de esta manera la filiación jurídica es el *“estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga a un tercero”* (Méndez 1986) (Urbina, 2011); Siendo la filiación paterna cuando se refiere a padre e hijo y materna cuando se refiere a madre e hijo, con el fin de saber la pertenecía de una persona, en *“la relación de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es padre o madre de otra”* (Somarrita,2007) (Sánchez Guzmán, 2009); entre tanto *“se llama filiación el vínculo que une al hijo con su padre o madre”* (Meza,1995) (Corral Talciani, 1999)

Cabe mencionar que la filiación jurídica se rige por normas positivas, normas que se encargan de adjudicar derechos y obligaciones en este caso alusivo a la filiación; los que pueden ir incluso en contra de una filiación biológica, tal es el caso de la

maternidad subrogada que la madre genética no siempre es la que pare, o en todo caso un padre biológico que pierde un proceso de filiación el cual se constituye en cosa juzgada.

La filiación jurídica la encontramos regulada en el código civil peruano Artº 361. Basado en la presunción. “Una filiación presuntiva”.

C. FILIACIÓN POR ADOPCIÓN

La filiación de adopción es una figura que se plantea a imitación de la naturaleza, la relación jurídica de la filiación va más allá de la relación biológica, en el sentido que el derecho positivo permite establecer mecanismos para concluir en una relación jurídica pese a no existir relación biológica.

Para la filiación por adopción basta tener la intención de serlo, ya que en esta figura el padre adoptante adquiere calidad de padre y la adoptada calidad de hijo simulando de esta manera una filiación biológica, ya que el adoptado deja de pertenecer a su familia consanguínea para pertenecer a su familia adoptiva, el cual tendrá los mismos derechos y obligaciones que un hijo biológico.

1.3. REGULACIÓN JURÍDICA.

Refiriéndonos a la filiación, encontramos sus antecedentes en el Derecho Romano, era consolidado con el matrimonio. Pues el Perú siendo adepto del derecho Romano también se encuentra regulado el derecho filiatorio, encontrándose este en íntima relación con el derecho a la identidad derecho constitucional así establecido en la constitución de 1993, en el Artº.2 inc. 1. *“A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.”* Derechos establecidos en la constitución que protege la vida, otorgando el derecho a nacer y tener una vida digna lo que implica **“el derecho al reconocimiento por parte de sus padres ya sean biológicos o de intención”**, dicho reconocimiento que va a originaría una sucesión de derechos.

Luego encontramos la filiación regulada en el código civil, el que divide a la filiación en **extramatrimonial** que se caracteriza cuando se tienen hijos fuera del matrimonio y se necesita el reconocimiento expreso de los padres o caso contrario por mandato judicial, entre tanto la **filiación matrimonial** se limita al nacimiento del hijo dentro de matrimonio o el tiempo establecido en el código para presumirse que el nacido dentro del matrimonio es hijo del marido.

2. TEORIAS PARA DETERMINAR LA MATERNIDAD.

Resulta importante saber diferenciar entre las tres formas de cómo se puede determinar la maternidad:

2.1. TEORIA BIOLOGICA.

Antiguamente la única forma de determinar la maternidad era con el hecho comprobado del alumbramiento y la gestación; ya que se tenía la certeza, de que la mujer que alumbraba era la madre y por lo tanto la representante del niño ya que “**mater semper certa est**” la madre siempre es conocida tan conocida esta expresión latina la definía.

La maternidad Biológica empieza con la correcta producción de óvulos y espermatozoides, los que luego de un acto sexual o mediante técnicas de reproducción asistida se fecunda el ovulo y el esperma para formar el embrión; después de un proceso de división celular, se duplica el ADN, 23 de cada uno de los padres hasta formarse en un huevo o cigoto con 46 cromosomas, para ser implantados en el útero hasta llegar a un embarazo de termino completo.

En el transcurso del embarazo el feto respira y se alimenta de la placenta a través del cordón umbilical, la que a su vez se alimentan de la madre en un intercambio biológico madre e hijo, sin importar si es que es una madre genética o madre sustituta, la que luego alumbrará al niño y se conocerá como la única madre, requisito fundamental para la doctrina civil la que considera que este elemento biológico, es

fundamental para designarla como madre, por ser un hecho natural; hecho que solo será relevado por un proceso jurídico en el que se le quita el derecho de madre y se le otorga a otra mujer por alguna circunstancia que haya generado el abandono o puesta en peligro del menor.

2.2. TEORIA GENETICA

En cuanto se refiere a la genética como elemento determinante para el reconocimiento de la maternidad está referido exclusivamente al aporte del material genético, el que determina la herencia genética de los aportantes de los gametos ya sea hombre y mujer.

Cuando se da la técnica de reproducción humana en el que se tenga que fecundar un gameto de una mujer y/o varón en el vientre de otra mujer la que se le denomina madre sustituta, la madre genética será la que aporte los gametos, siendo la madre sustituta el solo vientre que alberga al feto; hecho que se complicaría si es que la madre subrogado, que en un momento decidió gestar por otra, se arrepiente, al no querer entregar el nacido a la madre genética.

Entra a tallar la prueba biológica del ADN con un 99.99% de efectividad, para saber mediante esta prueba quien es la madre, ya que la perspectiva del derecho civil de señalar como madre solo a la madre que pare, con esta prueba se determina todo lo contrario ya que se puede acceder a la maternidad de otra forma incluso diferente a la de adopción.

vínculo de maternidad a favor de la madre genética, pero si se cumple con dos requisitos, ciertamente excepcionales: que la madre subrogada sea soltera (o que el marido logre negar su paternidad), y que la mujer en el parto o, que a partir del, quede físicamente imposibilitado para asumir la maternidad (Rubio correa) (Ramirez, 2011).

2.3. TEORIA DE INTENCION O VOLITIVA.

Esta teoría se refiere que hay otras formas de adquirir la maternidad diferente a la biológica y la genética, esta otra forma es la voluntaria o volitiva. Bajo la óptica de esta teoría no basta con gestar al producto o darle vida, también resulta impórtate que haya una intención de serlo; una intención de reconocimiento, un acto filiatorio libre, lo que implica que comparta el embarazo que lo viva intensamente que este pendiente de él, hasta el término completo, como el caso de la maternidad subrogada, otro podría ser el caso que es una de las figuras ya regulados por el derecho peruano a diferencia de la maternidad subrogada este otro es la Adopción.

Las tesis voluntaristas han implicado un cambio sobre la tradicional consideración del criterio determinante de la maternidad: el parto. La doctrina actual reconoce que la misma se puede determinar legalmente con prescindencia de todo vínculo biológico o genético con el nacido y, que, puede ser una relación fundamentada exclusivamente en la intención o el deseo. (Ramirez, 2011)

3. COMO DETERMINAR LA FILIACIÓN MATERNA FILIAL EN LA MATERNIDAD SUBROGADA.

Desde que el hombre aparece en la tierra su fin primordial ha sido la perpetuación de la especie, hecho que se logra a través de la procreación, mediante el acto sexual de manera natural.

Luego con el pasar de los años la unión del hombre y la mujer adquirió ciertos formalismos como el Matrimonio, el que generaba derechos para ambos cónyuges y los hijos nacidos en él, entre los que se encontraban el reconocimiento del derecho filiatorio, que te permite saber quién eres, de dónde vienes y con quien se tiene el vínculo paterno filial, materno filial; pues se tenía claro que el hijo nacido dentro del matrimonio, se presumía hijo del marido, y los que no, eran considerados en aquella época hijos naturales, los que posteriormente el legislador cree conveniente cambiar esta denominación por la de hijos extramatrimoniales sin hacer ninguna distinción entre ellos, teniendo los mismos derechos y obligaciones que los hijos matrimoniales.

Es así que con cualquiera de estas formas se establecía la filiación recayendo en el derecho filiatorio.

Bajo este concepto, años atrás no existían dudas de cómo se podía generar el vínculo filiatorio; ya que se daba de dos maneras, una por ser hijos matrimoniales y la otra por ser hijos extramatrimoniales, hasta la aparecieron y puesta en práctica de técnicas de reproducción asistida, con ella la maternidad subrogada. Con la aparición de las técnicas de reproducción asistida se produce un giro al encontrar una forma alterna a la natural de procrear, Ya que una de estas técnicas es gestar un niño con el aporte genético de otra persona, en el que entraría a tallar otros aspectos determinantes para la filiación, distinto al biológico.

Respecto a la maternidad subrogada, teniendo en cuenta que el elemento biológico no es determinante a la hora de establecer la filiación, resulta importante mencionar la existencia de nuevos elementos que emergen para su determinación, los que serían la intención y la voluntad. Respecto a la **intención** se refiere a la madre que mediante una técnica de reproducción asistida como la maternidad subrogada tiene la intención de lograr su proyecto de vida que “el ser madre”, entre tanto la **intención** también debe de recaer en el varón que acepta tener un hijo con su aporte genético en el vientre de una mujer distinta al de su pareja sin que medie para ello el acto sexual, cabe mencionar que a la hora de determinar la filiación se debe tener en cuenta otro factor que es la **voluntad**. que debe existir tanto en la pareja contratante como en la madre sustituta, voluntad reflejada en las ganas de tener un hijo aunque la gestación sea llevada por otra, esta voluntad debe de recaer en la manifestación de atenciones, de vivir el embarazo intensamente junto con la madre sustituta, voluntad que debe plasmarse con el reconocimiento del niño a su nacimiento, la voluntad que debe existir por parte de la madre sustituta de gestar un niño en su vientre para luego ser entregado a la pareja; ya que cualquier negativa a ello devendría en un problema legal, siendo el más perjudicado el niño al no establece su identidad, ya que reclamaría la madre genética, que fue quien aportó los óvulos o la que tiene la intención de serlo aunque

sea con material genético donado, y el padre que aporte el espermatozoides o quien tenga, o quien tenga la intención de serlo, frente a la madre que lo gestó refiriendo para ello que **“Mater Semper Certa Est”**. Debiendo tenerse en cuenta para resolver este conflicto los elementos fundamentales la voluntad y la intención.

Cabe mencionar que la Filiación y la identidad son dos derechos sustanciales de todo ser humano, así reconocido en la convención de los derechos del niño o pacto de San José de Costa Rica. La cual establece que *“El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer sus padres y su cuidado por ellos”* (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989)

Este artículo prescribe que la filiación debe ser basada únicamente, teniendo en cuenta para ello el interés superior del niño, tal es así que Enrique Varsi *“dice que la maternidad subrogada debe determinarse en base al criterio de la intención, al criterio la voluntad de la causa que determinó el hecho de la maternidad subrogada”*, (Enrique Varsi, 2011) intención que sin lugar a duda debe ser tomada para determinar el derecho filiativo que tiene el niño, si bien es cierto en este tipo de gestación la madre que gesta no vendría a ser la madre genética, o en cambio podría darse la figura que la fecundación en la madre subrogada sea producto de la donación de gametos lo que implicaría que haya más personas involucrada; este hecho debe ir más allá de la prueba biológica ya que para determinarlo no sería necesaria, bastaría solo con la intención de la pareja, la madre quien solicitó tener un niño mediante la subrogación.

La convención señala que la aplicación de este artículo será basada únicamente en base a la legislación de cada país, legislación que en el Perú se encuentra obsoleta al no estar sincronizado derecho y tecnología, al no regular el proceso filiatorio referente a maternidad subrogada, surgiendo un vacío legal que deja desamparado al niño nacido bajo alguna técnica de reproducción asistida.

El derecho filiatorio en todo este proceso de avance científico y tecnológico es el derecho que resulta azorado, ya que, con la aparición de las técnicas de reproducción asistida, se demuestra que el derecho y la tecnología avanzan de manera asincrónica. Generando un replanteamiento de la maternidad y paternidad resultando el único perjudicado el niño nacido bajo estas técnicas.

Bajo estas circunstancias, resulta afectado el menor en cuanto a su identidad, por la no regulación específica de la técnica de reproducción asistida y por ende la maternidad subrogada la que genera un conflicto en el momento de determinar la filiación; por ende es necesario hacer una reforma del código civil afín de actualizar esta institución jurídica en relación a los nuevos avances científicos y tecnológicos.

4. ANTECEDENTES DE FILIACIÓN EN LA MATERNIDAD SUBROGADA Y FALLOS RESPECTIVOS.

Siendo la maternidad subrogada una práctica que no se encuentra tipificada en algunos países, tales como el nuestro, su puesta en práctica va a generar un conflicto en cuanto se refiere a la filiación en el nacido bajo esta técnica de reproducción asistida; al no determinarse el lazo de parentesco inmediato al nacimiento del menor, ya que la presunta madre será la que pare, teniendo que recurrir la pareja contratante a un proceso, el cual obligara al juez a que resuelva el caso de manera innovadora, al no existir legislación que regule este tema, tal es así los casos suscitados en el Perú y el extranjero.

A. EN EL PERÚ

1. OVODONACION

Es preciso mencionar que en el Perú encontramos un hecho puntual respecto a la Ovodonación y la filiación, antecedente que recae en base a la Resolución Judicial emitida en **CAS. Nº 5003-2007 LIMA**, seis de mayo del dos mil ocho, referente a una impugnación de reconocimiento de maternidad, en que por un lado encontramos a la

demandante **Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma** actuando en representación de su menor hijo **Olsen Fabrizio Quispe Oblitas**, la que invocaba los artículos 45 y 399 del código civil, cuya pretensión era la impugnación de la maternidad que ostenta la demandada **María Alicia Alfaro Dávila** respecto de la menor **Alicia Beatriz Alfaro Dávila**; al alegarse que la demandada se realizó una inseminación artificial con el ovulo de una donante y con el espermatozoides del señor **Custodio Olsen Quispe Condori**, sin su consentimiento; en cuanto a la impugnación de maternidad se encuentra regulado en el código civil en el artículo 371, basándose en que la demandante alegaba que la atribución de madre biológica no coincidía con atribución de la filiación materna de orden registral, cuya intención era esclarecer la identidad de la madre biológica de su hijo; a lo que la sala civil permanente de la corte suprema de Justicia de la Republica, a lo que se resolvió que la madre y representante del menor **Olsen Fabrizio Quispe Oblitas** si tenía legitimidad para obrar, a lo que se ordenó declarar fundado el recurso de casación y que el Juez de la causa expida nueva resolución estando a los considerandos precedentes. Lo que significó que a la madre biológica se anule el vínculo materno filial con la **Alicia Beatriz Alfaro Dávila** por no tener ningún vínculo genético, y haberse sometido a una técnica de reproducción asistida infringiendo el derecho a la libertad, ya que el padre genético no había dado su consentimiento y este era conocido por la gestante y no un donador anónimo, hecho que generó un conflicto en cuanto a la filiación; a que la única perjudicada al no existir una ley respecto a la regulación de técnicas de reproducción asistida, sea la menor nacida bajo esta técnica. En este proceso se incurrió en delitos que afectaron la libertad y la identidad de la menor en primer lugar de parte del médico que llevo a cabo la fertilización In Vitro, sin autorización del donante que supuestamente debe de ser anónimo como consta en la legislación de otros países justamente para evitar conflictos filiatorios, por otro lado la madre biológica que actuó con dolo al someterse a una fecundación con el espermatozoides de un hombre que conocía y que sabía que no estaba enterado del hecho.

2. MATERNIDAD SUBROGADA HOMOLOGA: SEE AURISH.

SEE AURICH El antecedente registrado sobre la maternidad subrogada se suscitó en el Perú hace algunos años al crearse una confusión en lo que refiere a la filiación pidiéndose por ese motivo la impugnación de maternidad, que recae en la resolución judicial del DECIMO QUINTO JUZGADO ESPECIALIZADO DE FAMILIA, sobre la controversia de gestación por subrogación ocurrido en el año 2006; respecto a la filiación, la registrar la clínica donde nació la menor en la partida nacimiento con los datos de la madre biológica quien gestó y dio a luz quien desempeñaba ese papel era en si la Abuela y no de acuerdo a los datos de la madre genética, resultando la menor siendo hermana de su madre genética, hecho en el que la juez se pronunció de manera innovadora dado a que el Perú no cuenta con una ley fallo a favor de que se registre la menor con los datos de los padres de intención protegiendo así los derechos de identidad, patria potestad de la menor y entre otros supuestos jurídicos. (Impugnación de Maternidad, 2009)

B. EN EL EXTRANJERO.

1. ARGENTINA

En el caso de Argentina en la ciudad de Mendoza se registra el primer caso de gestación por subrogación publicado así en el Diario el Clarín el 26 de junio del 2013 en el que el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil el 18 de junio del 2013, ordena que se registre a la menor nacida bajo la técnica de maternidad subrogada como hija de la pareja de intención ante la imposibilidad biológica de concebir, tomando para ello como elemento determinante de la “**filiación** la denominada **voluntad procreacional**, que es la intención de querer engendrar un hijo con material biológico propio empero, acudiendo a la portación del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior”. (Diario Clarín del 26/06/2013) (Quaini, Gestación por Subrogación, sin fecha)

RESUELVO:

-4.- DETERMINAR que la filiación materna y paterna del niño, de sexo masculino, nacido el día 9 de enero del 2015, a las 00.23 hs., en el Hospital Español, Departamento de Godoy Cruz, Mendoza, corresponde a los Sres. GAC, DNI y FJJ, DNI ..., por lo considerado.

-5.- A fin de proceder a la inscripción de su nacimiento, líbrese oficio al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas con jurisdicción territorial en el domicilio del lugar del nacimiento, departamento de Godoy Cruz, Mendoza, (art. 27 inc. b-, Ley 26.413) para labrar la correspondiente acta de nacimiento con los datos del niño precedentemente individualizados, debiendo los progenitores proceder a la elección del prenombre del inscripto en ese momento.

-6.- IMPONER a los progenitores, a partir del momento en que su hijo adquiera edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarle respecto de su origen gestacional.

2. MEXICO.

En lo que se refiere a la legislación Mexicana- Tabasco respecto al tema que nos ocupa sobre la fecundación In Vitro y por ende la “maternidad subrogada”, esta se pronunció sobre la filiación del nacido bajo esta técnica, encontrando en el Artículo 92 del código civil de Tabasco el cual establece que *“en el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación”*. (<http://www.subrogacionmexico.com/las-leyes>)

Por otro lado este código también se preocupa en los padres de intención ya que no interesa si aportaron el material genético o no, lo cual de alguna manera se estaría desprotegiendo al menor, al incrementar el riesgo de tráfico de personas por el hecho de presumirse padre al que lo reclame; tal como se prescribe en el Artículo 347 del Código Civil de Tabasco:

cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el ovulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser

considerada la madre legal del niño y este será considerado hijo legítimo de la mujer que contrato. (<http://www.subrogacionmexico.com/las-leyes>)

Sin embargo queda claro que la legislación mexicana a creído conveniente legislar un problema social como es la maternidad subrogada y técnicas de Reproducción asistida que ataña a su país evitando dejar vacíos legales.

3. ESPAÑA.

En España respecto a la técnicas de reproducción asistida, ha creído conveniente promulgar la ley 14/2006 vigente desde el 28 de mayo del 2006, con una revisión vigente desde el 15 de octubre del 2015 hasta la fecha , esta es una ley que se ocupa cuidadosamente de todas las técnicas de reproducción asistida, su práctica, la edad adecuada y la manera de cómo se debe de realizar la manipulación de gametos, quedando prohibida la práctica de la maternidad subrogada en cualquiera de sus formas, ya que la única preocupación de esta ley es de proteger al menor que puedan nacer bajo esta técnica respecto a la filiación, pues en su Artículo 10 inciso 1 refiere que: *“Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”*. Entendiéndose con este artículo que la condición de madre biológica recae sobre la mujer que alumbró y no acepta la maternidad por sustitución reafirmando esta postura en el mismo artículo en el inciso 2 el cual prescribe que *“La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”*. De esta manera protege al niño y a los padres, dándole la posibilidad de reclamar la paternidad mediante acciones legales así establecido en el inciso 3 del mismo artículo señalando que *“Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”*. Sin embargo el hecho de que la maternidad subrogada en España este prohibida en cualquiera de sus formas no se a podido evitar ya que existen casos en los que se a tenido que pronunciar el Tribunal Supremo, ante el registro de dos niños nacidos por Maternidad Subrogada en estado de California en el país de Estados Unidos en el que si está permitido este tipo de Gestación, por un matrimonio Gay de

dos hombres; el conflicto se suscita cuando esta pareja de esposos intenta registrar a sus hijos en el registro civil Español puesto que en este aspecto ya no se aplica el Artículo 10 de la ley 14/2006 ya que la filiación fue otorgada en el estado de California, decide cancelar la filiación en el registro civil Español con el argumento e el 2009 señalando que dicha práctica vulnera el orden público Español. Tal como obra en la sentencia del Tribunal Supremo Sala civil del 06 de febrero del 2014. (Gestación por sustitución. Reconocimiento de decisión extranjera, 2014) queda evidente que con este pronunciamiento del tribunal Supremo queda desprotegido el menor, ya que al no reconocer la filiación se estaría privando de otros derechos que devienen de este, demostrando que la ley española en cuento refiere a técnicas de reproducción asistida aun es deficiente.

4. FRANCIA

Francia país Europeo en el que tampoco se permite la gestación por subrogación al igual que España, cuyo Tribunal tuvo que pronunciarse respecto a la inscripción de un menor en el registro civil francés nacido en California - Estados Unidos bajo la técnica de la gestación por subrogación en el que sí está permitida dicha práctica, denegándole al igual que el tribunal supremo español el acceso al Registro Civil Frances, lo que no les privaban eran vivir como familia pero sin contar con la nacionalidad Francesa, de otro lado Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que:

denegar la inscripción en el Registro Civil francés de estos niños vulnera el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que reconoce el derecho que tienen los niños al respeto a su vida privada, que puede verse afectada por la indeterminación de su identidad filial. (Durán Ayago, 2014)

de esta manera queda claro que lo que importa son los derechos del niño y que cualquier decisión que se tome debe primar el interés superior del niño.

5. ALEMANIA

Respecto a las técnicas de reproducción asistida y la filiación de los menores nacidos bajo esta técnica nacidos en otros países en los que sí está permitida la práctica de esta técnica, el pronunciamiento Tribunal Supremo Alemán (Bundesgerichtshof o BGH) fue diferente a lo señalado por el Tribunal Supremo Español ya que el 10/12/2014 el Bundesgerichtshof o BGH *optó por considerar que el reconocimiento en Alemania de una resolución judicial de California relativa al establecimiento de filiación por maternidad subrogada no resultaba en el caso concreto contraria al orden público...* ya que para ellos es importante preservar los derechos del menor nacidos bajo estas técnicas además es preciso señalar que el Bundesgerichtshof o BGH *destaca "...la importancia de una interpretación restrictiva del orden público respetuosa con el interés superior del menor y la conveniencia de evitar situaciones jurídicas claudicantes..."* (Miguel. P , 12/03/2015) (Echezarreta Ferrer, 2015)

SUB CAPITULO II

1. DERECHOS COMPROMETIDOS EN EL EJERCICIO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

1.1. DERECHO NATURAL

Desde los postulados del iusnaturalismo es importante recalcar que el derecho natural nace y se funda en la naturaleza humana tal es así que para Norberto Bobbio pues este iusnaturalista señala que se refiere aun dualismo jurídico al estar conformado por un derecho natural y un derecho positivo, pero que siempre debe primar por encima del derecho positivo el derecho natural, el cual se encuentra fundamentado en base de la existencia de un ser superior, abstracto y natural, que se encuentra por encima de la voluntad de las personas.

Es preciso mencionar a Bobbio, el cual señala que el derecho natural es lógico e invariable de un carácter metafísico. Tomando para ello la esencia de lo que debe de representar el derecho en su esencia, indistintamente de sus contradictorias regulaciones a lo largo del tiempo, los iusnaturalistas señalan que el derecho natural tiene un origen divino, puesto que el derecho es virtuoso contrario a la arbitrariedad humana donde ser y valor quedan igualados.

Por otro lado, nos remitimos a las ideas de Cicerón, el que fue discípulo de Posidonio, señalan que el fundamento del derecho se basa en la naturaleza reposando en la objetividad y firmeza de este ya que lo divide en ius civiles, ius Gentium, ius naturales.

Al trasladarnos a otra parte del ius naturalismo nos encontraremos con el ius naturalismo cristiano evidenciándose en su epístola a los romanos por parte de san pablo, al afirmar que la ley de dios está escrita en la naturaleza, basándose en una ley moralmente natural.

Entre tanto, en el ius naturalismo cristiano encontramos a San Agustín ya que establece que el ius naturalismo es una ley eterna la que es analizada por la mente racional humana, y cuando este los analiza las positiviza.

1.2. DERECHO A PROCREAR:

Desde que el hombre apareció en la tierra surge la necesidad de relacionarse y tras esta necesidad se da la procreación para la perpetuación de la especie, por lo consiguiente resulta en un derecho natural propio al nacimiento, que faculta al hombre a concebir a ser padres, siendo este (...) *garantía individual implícita en el derecho a la privacidad y su impedimento es una violación constitucional*. (Arambula, 2008)

En consiguiente el derecho a procrear es propio del derecho de la privacidad de cada persona, tal es así que estatuto de Oklahoma, concordante con la constitución Estadounidense, se resuelve ante los tribunales el caso de Skinner vs. Oklahoma (316

U.S. 535 (1942)) en el que se decide declarar inconstitucional la ley de esterilización de delincuentes, ya que ***"uno de los derechos civiles básicos del hombre era el derecho a estar libre de interferencias en su capacidad de procreación "***, y declaró que ***"el derecho a procrear es fundamental para la existencia y supervivencia de la raza"*** (Journal of Juvenile 1983)

Pues resulta primordial destacar que el derecho a la procreación y la privacidad están intrincadamente ligados ya que la intensión de procrear y tener hijos o no, solo recae en la pareja que desea tenerlos o no, tal es así que *"Si el derecho a la privacidad significa algo, es el derecho de una persona, soltera o casada, a estar libre de interferencias del Estado en asuntos tan fundamentales como gestar o procrear un hijo"*(Journal of Juvenile 1983).(..) (Arambula, 2008)

Bajo estas particularidades el derecho a la procreación significa la continuidad de la especie que también es un derecho, el derecho a la privacidad, que faculta al hombre a decidir cuantos hijos tener y cuando tenerlos, a recurrir a uso de cualquier técnica de reproducción asistida para satisfacer la necesidad de ser padres.

La procreación en su concepto general es un evento natural que involucra a todos los seres vivos en la naturaleza; trasladándolo como un acto u hecho natural humano, que le permitirá al hombre la perpetuación de la especie y del género humano. El que se puede ver afectado, por circunstancias que resulten limitativas a la fecundación o reproducción ya sea por parte del hombre o de la mujer o ambos dentro de una relación ya sea matrimonial o, de hecho, evento que puede ocasionar grandes traumas que pueden evidenciarse en aspectos psicológicos traumáticos, frustrando su relación personal o dentro de la relación sentimental, ya que se vería mermada su condición de feminidad o masculinidad dependiendo de quien tenga que enfrentar el problema de fertilidad, y que la decisión de materializar el deseo de ser padres solo involucra a la pareja a decidir cuándo y cuantos hijos tener, haciendo uso de su derecho natural de procrear, ya sea de manera natural o haciendo uso de alguna de las técnicas de reproducción asistida.

1.3. DERECHO A LA IDENTIDAD

El derecho a la identidad es un derecho que se ve materializado con el nacimiento, ya que con este se da lugar a un nuevo integrante de la sociedad el cual debe de estar plenamente identificado para su reconocimiento y respeto de sus derechos por parte de la sociedad y el estado; el recién nacido como nuevo miembro de la sociedad es reconocido y registrado en el estado como sujeto de derecho y obligaciones; pues la convención de los Derechos del Niño en su Artículo 7 establece que:

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida. (Convención de los Derechos del Niño, 1989)

En consecuencia, en el Perú el derecho a la identidad es un derecho reconocido así en la constitución de 1993 en su Artº2 Inc.1, en que se establece que toda persona tiene derecho a la identidad, por lo que los niños nacidos en el país, son registrados el Registro nacional de identidad, siendo este derecho fundamental para acceder a los demás derechos, como el derecho a heredar a saber de dónde venimos quienes son nuestros progenitores, sobre todo comprueba la existencia en un determinado país región o estado.

Basado en este derecho resulta primordial contar con una legislación que regule las técnicas de reproducción asistida, ya que la ausencia de esta o de contar con una ley específica, hace que este derecho se trasgreda, quedando desamparado el menor nacido bajo técnicas de reproducción tales como la maternidad subrogada.

CAPITULO III:

LEGISLACIÓN PERUANA

REFERENTE A LA MATERNIDAD

SUBROGADA.

En lo que refiere las técnicas de reproducción asistida en el Perú, nos vamos encontrar que como en el resto del mundo estas técnicas no han sido ajenas, aun cuando en el Perú no se cuente con una legislación que regule específicamente las técnicas de reproducción asistida, pues si nos remitimos al código civil peruano haciendo un análisis a los artículos que en él se encuentran, podemos notar la ausencia de regulación en lo que refiere técnicas de reproducción asistida y especial sobre las que regulen la maternidad subrogada, notándose el asincronismo del derecho con el avance científico y tecnológico.

Encontramos que la maternidad subrogada se viene practicando en muchos países del mundo que se han visto en la necesidad de regular su práctica, aunque esta no esté al alcance de todas las personas ya que resulta ser algo costoso poder acceder a esta forma de maternidad, no siendo ajeno a la practica en el Perú, no pudiendo evidenciar casos exactos por realizarse de manera discreta tanto por parte de los médicos y clínicas, y de los padres , razón suficiente para que el estado se pronuncie y deje la posición cómoda de mirar someramente este problema, el cual puede resultar perjudicial para el menor nacido bajo esta técnica, al presentar problemas para su filiación a lo que el juez no dejara de resolver por que la maternidad subrogada no esté regulada, pudiendo resultar perjudicial en el derecho a la identidad del menor nacido bajo esta técnica.

En lo que respecta en el Perú nos encontramos ante una ley general de salud 26842 Artº 7 en el que menciona de manera muy somera el tema de las técnicas en reproducción asistida, al señalar *Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad*, en esta parte se reconoce el derecho a ser padres además también *a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida*, reconoce el derecho a la procreación como media para la perpetuación de la especie y sobre todo con la

realización de la maternidad o paternidad logrando el proyecto familiar y de vida , pero sin embargo resulta contradictorio el establecer (...) *que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona*. Prohibiendo el uso exclusivo de la maternidad subrogada excluyendo la última oportunidad de tener un hijo genéticamente propio, vulnerando el derecho a la privacidad y al de procreación

Sin embargo, en la constitución política del Perú encontramos en el Artº 2 Inc 8, que el estado fomenta el desarrollo científico y tecnológico en el Perú, lo que hace propicio mencionar que toda persona tiene el derecho a acceder al uso de la ciencia y la tecnología en su beneficio, además en la misma carta magna en el Artº 14 su obligación del estado es promover el desarrollo científico y tecnológico para que toda la sociedad resulte beneficiado.

Respecto a las técnicas de reproducción asistida en especial de la maternidad subrogada el código civil señala que la vida empieza con la concepción, pero también es cierto que no especifica la manera, entendiéndose que puede ser por concepción uterina, extrauterina, fecundación In Vitro, o cualquier otra forma de concepción, es preciso mencionar que si nos remitimos a la ley N° 27282 que es **la ley de fomento de la donación de órganos y tejidos humanos**, es conveniente mencionar que con la maternidad subrogada no se pierde ningún órgano no regenerable ya que para ello solo se necesita de un útero para llevar un embarazo a término completo, en lo que respecta esta ley es preciso rescatar que el fin de la donación de órganos está prohibido la comercialización, no debe mediar beneficio pecuniario alguno, es más la maternidad subrogada no atenta contra la integridad física de la gestante, la utilización del útero sería temporal, sin pérdida ni deterioro de ningún órgano.

Bajo esta perspectiva es importante recalcar la ausencia legislativa respecto a las técnicas de reproducción asistida y por ende la maternidad subrogada, los niños nacidos bajo estas técnicas podrían tener un problema de filiación al encontrarse en medio de un conflicto entre los padres, a lo que el juez tendría que remitirse al código civil para resolver lo que respecta la filiación, siendo este un código desfasado en

cuanto a las necesidades y acordes de la ciencia y la tecnología por tratarse de un código sustantivo que contiene normas de carácter general, siendo entonces necesario que se regule de manera especial las técnicas de reproducción asistida y por ende la maternidad subrogada en beneficio del niño y tomando en cuenta para ello el interés superior del niño nacido bajo esta técnica; ya que para ello nos encontramos ante la ley N° 27337 Artº 1 al referir “el niño y el adolescente tiene derecho a la vida desde el momento de la concepción” tampoco especifica la forma ni el método es mas en el Artº 8 prescribe “el niño y el adolescente tiene derecho a vivir y crecer y desarrollarse en el seno de su familia” por ello resulta importante que ante la práctica de la maternidad subrogada solo sea permitida o legal “la maternidad subrogada en su modalidad de Homologa”, ya que ahí el vínculo genético estaría solo de parte de los padres de intención y no de terceros.

CAPÍTULO IV:

**REFLEXIÓN DE LA IGLESIA
FRENTE A LA MANTERNIDAD
SUBROGADA.**

En lo que refiere a las técnicas de reproducción asistida, la iglesia católica y las iglesias protestantes son claras al señalar que desaprueba rotundamente manipulación alguna en lo que refiere a la naturaleza humana “NO LO ACEPTA” por ser técnicas que contravienen los designios de dios.

Entre tanto en las escrituras sagradas, referente a las técnicas de reproducción asistida no se encuentra ninguna mención por ser técnicas del nuevo milenio; lo que si es cierto es que la infertilidad es un problema que ha venido suscitándose desde la aparición del hombre en la tierra, tal es así que las sagradas escrituras relatan cómo se produce la gestación subrogada en aquella época con la finalidad cubrir la necesidad de tener descendencia, siendo esta fundamental dentro de las dinastías, es así que nos cuenta la historia como Sara instigo a Abraham a tener un hijo con su esclava Agar, por entonces la única técnica de reproducción conocida en aquellos años en lo que refiere la maternidad subrogada, años más tarde encontramos el acto más sagrado de divinidad la historia bajo la técnica de la maternidad subrogada “NACIMIENTO DE JESÚS”, cuando María, por obra y gracia del espíritu santo quedo embarazada del hijo de Dios.

El pensamiento que defiende la iglesia se basa en el Genesis 1,27 que el *“hombre fue creado a la imagen y semejanza de dios”* (sociedad bíblicas unidas, 1979). no obstante la iglesia está de acuerdo en que el avance tecnológico se ponga al servicio del hombre para su desarrollo y bienestar de los seres humanos pero las *“técnicas no puede indicar por sí solas el sentido de la existencia y del progreso humano”* (Joseph Ratzinger, Alberto Bovone, 1987). y lo que se trata de hacer respetar *“derecho primario*

y fundamental" a la vida (Juan pablo II, 1983) exigiendo un respeto incondicionado a la persona humana y teniendo ciertos criterios morales los que deben estar basados en el respeto de la humanidad. Según todas los grandes representantes de la iglesia católica coinciden en que si no se hace se estaría atentando contra el destino del mundo, ya que para la iglesia el ser humano y la vida no se reduce simplemente aun conjunto de tejidos, si no va más allá es la unificación del cuerpo y el alma (Juan Pablo II, Libreria Editrice Vaticana, sin fecha) tambien Juan pablo segundo refiere que la manipulación es netamente para el mejoramiento y bienestar del individuo, ya que para la religión resulta inmoral la manipulación del embrión humano como simple material genético disponible para practicas tecnológicas; ya que el nacimiento de un ser debe ser una bendición divina dentro del matrimonio, negándose rotundamente a la manipulación genética heteróloga por contener material genético distinto a la unión del matrimonio contraviniendo la dignidad de los esposos. son muchos los puntos de vista que catalogan a la práctica de la maternidad subrogada como contraria la fe profesada por ejemplo la **IGLESIA ORTODOXA DE RUSIA CALIFICA LA MATERNIDAD SUBROGADA DE FASCISMO** ya que el arcipreste DMITRI SMIRNOV dijo "Es un fascismo de cara amable, donde figura el dinero, un contrato y la privación a una madre de su niño" además compara la maternidad subrogada con la prostitución. (RT, 2013).

PARA LA IGLESIA EL FIN NO JUSTIFICA LOS MEDIOS al señalar el teólogo francés Xavier Lacroix, *"la gestación y el parto dan lugar a una interacción de una inmensa finura entre el cuerpo de la mujer y el del hijo ... Respecto a la mujer, tiene lugar todo un proceso que se llama apego: estremece por tanto la idea de un embarazo vivido en la indiferencia"*. (Pierre-Oliver Aduin, 2015)

a. México

El Obispo de Tabasco, Gerardo de Jesús Rojas López, señala que la maternidad subrogada es asunto no ético en el que la Iglesia nunca ha estado de acuerdo y que no debe realizarse, sin embargo, es un tema que está en manos del gobierno local y el Congreso del Estado, así como del Tribunal Superior de Justicia donde

recientemente se ha tocado la problemática derivada de tal práctica (El Herald de Tabasco, 2015).

CAPÍTULO V:

DERECHO COMPARADO REFERENTE A LA MATERNIDAD SUBROGADA

11. PAÍSES QUE HAN REGLAMENTADO LA MATERNIDAD SUBROGADA EXIGIENDO POR LO MENOS LA EXISTENCIA DEL NEXO BIOLÓGICO ENTRE UNO DE LOS PADRES DE INTENSIÓN.

12. Estados Unidos

La reglamentación en lo que respecta la maternidad subrogada en Estados Unidos depende de cada estado del país en los que unos regulan un contrato altruista por otro lado en otro estado es regulado el contrato oneroso.

a. Tennessee

Un estado Americano, en el que se permite la gestación de subrogación en su modalidad homologa, los padres de intención tienen que ser los suministradores de los gametos.

La legislación en el estado de Tennessee, se preocupa en que siempre exista el lazo biológico, aunque sea con alguno de los padres en este caso, si el padre aporta el esperma la gestante tiene que ceder los derechos a él y a la esposa o mujer de este.

b. Arkansas.

Es otro estado, de estados unidos en el que solo se acepta la gestación subrogaciones en caso que se mantenga el lazo genético con alguno de los padres e inclusive la novedad de este es que se acepta la práctica de la subrogación en padres solteros, siempre y cuando el aporten el material genético.

c. Utah

En el estado de Utah la legislación también se preocupa en que por lo menos algún padre de intención tenga el vínculo genético con el niño nacido bajo esta técnica

prohibiéndose tajantemente que la madre sustituta sea la portadora del ovulo o que su marido el donador del semen.

d. Israel

La gestación subrogada en Israel solo es permitida si es que se aporta el material genético, en esencial el del padre, con la única preocupación de la existencia del nexo biológico, aunque sea por una de las partes está prohibido la práctica de la maternidad subrogada por parte de homosexuales.

13. PAÍSES EN LOS QUE SE REGULA LA MATERNIDAD SUBROGADA DE CUALQUIER MODALIDAD.

a. Rusia

En Rusia es permitida la gestación por subrogación, que no solamente señala en qué condiciones debe de realizarse si no que además también prescribe quienes están impedidos de hacerlo, como las mujeres solteras y los Homosexuales.

b. México

A lo que refiere la gestación por subrogación solo es legal en el estado de tabasco, la novedad de esta legislación es que acá si está permitido el vientre de alquiler para homosexuales, que actúen como marido y mujer y que además estén casados, esta práctica también está regulada en el código civil del estado de tabasco en el artículo 92.

c. Canadá

La maternidad subrogada en este país se permite con la única finalidad que sea altruista.

d. Ucrania

En este país la gestante sustituta está prohibida de reclamar la maternidad del recién nacido ya que se regula la maternidad subrogada homologa, como mínimo el padre debe de aportar el material genético, para que el niño nacido bajo esta técnica sea genéticamente propio.

e. Grecia.

La novedad de esta legislación es que permite la maternidad subrogada, no solo para sus nacionales si no para los extranjeros los que deben si cumplir con ciertos requisitos y estar sujetos a su ley, además existe un proyecto de ley que se encuentra en debate sobre el matrimonio gay que de aprobarse también se encuentra regulado la legalidad de la maternidad subrogada para parejas homosexuales.

f. Georgia

En lo que se refiere a maternidad subrogada encontramos en la ley de subrogación en el Artículo 143. Sección b: *“La gestación subrogada se permite en el caso de que una mujer no tenga útero, con el propósito de conseguir la evolución y el crecimiento del embrión obtenido como resultado de su transferencia al útero de otra mujer, denominada “mujer gestante”.* No es una práctica que sea autorizada para homosexuales.

14. PAÍSES EN LO QUE ES INDIFERENTE LA MATERNIDAD SUBROGADA

a. Argentina.

En Argentina es un país en el que la maternidad subrogada no se encuentra permitida ni prohibida, el Artículo 242 del Código Civil de Argentina establece que la madre legal de un niño será aquella mujer que lo traiga al mundo, es decir, que dé a luz.

Aunque argentina es un país híbrido respecto a la maternidad subrogada, nos encontramos que uno de los requisitos para esta práctica es que uno de los padres debe de aportar el material genético para que el vínculo paterno filial no desaparezca.

b. Virginia Occidental – Estados Unidos

No hay legislación sobre la maternidad subrogada, pero si se llega a producir un conflicto referente a la materia la justicia es favorable. Pero existe un estatuto en el que está totalmente prohibido el tráfico de personas, en el mismo estatuto está establecido la manera de cómo se realizaría el proceso en lo que se refiere a retribución económica en el caso de maternidad subrogada.

c. Japón.

Es un país en el que la maternidad subrogada no se encuentra ni prohibida ni permitida, que dado el caso de maternidad subrogada la filiación sería pro adopción, pero si se prohíbe cualquier práctica de la maternidad subrogada pro parte de homosexuales.

CAPITULO VI:

JURISPRUDENCIA:

1. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL REFERENTE A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

1.1. CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA.

Respecto a esta técnica encontramos el pronunciamiento que hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos [IDH] (2012). Los hechos se suscitan cuando el ministerio de salud del país de Costa Rica se emite un Decreto Ejecutivo No. 24029-S del 3 de febrero de 1995, señalando que se autorizaba la práctica de la fecundación in vitro (FIV) exclusivamente para las parejas dentro de un matrimonio así como también regula su ejecución de esta manera se vino poniendo en práctica durante los años 1995 al 2000; el conflicto se genera cuando el 07 de abril de 1995 se presentó una acción de inconstitucionalidad contra dicho Decreto Ejecutivo alegando que se está violando el derecho a la vida, fue entonces que la sala constitucional de la corte suprema, anulo por inconstitucional dicho decreto, además dicha sala ordeno que se interrumpa el tratamiento para realizar las técnicas de reproducción asistida debido a la sentencia de la cuarta sala. Hecho que motivo a que nueve parejas que sintieron vulnerado sus derechos y su proyecto social de vida presentasen una petición a la CIDH el 19 de enero del 2001, es así que con fecha de informe de admisibilidad el 11

de marzo de 2004, la comisión remitió el caso a la Corte Interamericana, las audiencias se realizaron el 5 y 6 de setiembre, disponiendo la corte que:

El Estado debe adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. El Estado deberá informar en seis meses sobre las medidas adoptadas al respecto. (Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica, 2012)

La corte también se pronuncia sobre la implementación en el servicio de salud de las técnicas de reproducción In Vitro.

El Estado debe incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación. El Estado deberá informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto. (Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica, 2012)

Además, la corte le interesa la vigencia de los derechos, dispone al país de costa rica que: *“El Estado debe implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial”*. Interamericana de Derechos Humanos (2012)

Finalmente, la Corte interamericana de derechos Humanos declara:

El Estado es responsable por la vulneración de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Makloun, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquineta Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega Cordero, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza. (Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica, 2012)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos decide: *“Desestimar las excepciones preliminares interpuestas por el Estado”*.

2. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL REFERENTE A LA MATERNIDAD SUBROGADA HOMOLOGA.

2.1. Jurisprudencia Italiana.

El caso se suscita en Roma en la década de los noventa, para ser exactos en el año de 1995, cuando una pareja de esposos decide congelar algunos de sus embriones, abrazando la esperanza de que en algún momento se pueda dar el proceso de la maternidad subrogada.

Es así que el 01 de abril del 2000 el diario Mundo español, cuenta como se generó el conflicto producto de la maternidad subrogada que deseaban realizar una pareja cuando encontraran a la persona ideal, espera que finalizo con la mujer que tanto esperaron, era una amiga de la pareja en 1999. Hecho en el que tubo lugar la pronunciación del tribunal civil de roma ya el 17 de febrero del 2000, da la autorización para la implantación del material genético en el vientre de alquiler, hecho que ante la ausencia de legislación que regule la materia; la juez actuó basándose únicamente en un principio rectore de la ley natural, que es el amor y la necesidad de ser padres, al no estar de por medio la retribución económica, además se tuvo en cuenta que los embriones llevaban congelados cuatro años. En cuyo proceso quedando disconforme con el veredicto la fiscalía de la capital quien presentó una reclamación, el que fue rechazado por la XI sección del tribunal civil de Roma, quien ante su negativa quedo implícito su autorización, al momento de dar a luz la mujer no reconocería al niño para que los padres genéticos puedan adoptarlo, ya que la ley italiana señala que madre es la que pare.

2.2. Jurisprudencia del Reino Unido de Gran Bretaña.

En 1990 se sanciona “Human Fertilizations and Embryology Act” pero anterior a la promulgación de esta ley se suscitó un caso de maternidad subrogada el que tuvo lugar en el ámbito judicial, puesto que al realizarse la maternidad subrogada dio como resultado el nacimiento de mellizos, es así que la controversia surge para determinar quiénes eran los padres de estos niños nacidos bajo esta técnica, siendo la única forma de obtener la filiación con la adopción ya que los padres biológicos o comitentes tuvieran la paternidad, hecho que a los legisladores les pareció ridículo; al obligar a los padres biológicos adoptar a sus propios hijos, es así que se pensó en modificar y regular la maternidad subrogada para facilitar el registro al momento de la filiación y así mantener el nexo con los padres biológicos.

2.3. Jurisprudencia española.

En 1992 una pareja de esposos en que la mujer no podía gestar, pero que se encontraba fértil, decidieron optar por la maternidad subrogada, es así que se fecunda un embrión para ser implantado en el útero de una mujer que era amiga de la pareja, acordando que el niño al nacer se entregaría a los padres genéticos, grande fue la sorpresa cuando llegado el momento la portadora decidió quedarse con el niño, como en aquel entonces no estaba vigente la ley 14/2006, resolvió bajo la ley 38/1988 sobre las técnicas de reproducción asistida, basándose en el principio Mater Semper Certa Est. Es decir que la filiación era reconocida en favor de la madre que pare.

2.4. Jurisprudencia Estado Unidense –california

En 1993 el 20 de mayo de 1993 la corte suprema de california resolvió in re Jonsonc/Calvert. Señalando que cuando una mujer es fecundada con los cigotos de los padres contratantes que vendrían a ser los padres genéticos, estos serán reconocidos como los padres naturales, tal solución no afecta el orden público ni la constitución de californiana y mucho menos la federal.

El matrimonio Calvert deseaban tener un hijo, tras la frustración de realizar muchos intentos estos ven la realización de sus sueños en la maternidad subrogada, es así que deciden firmar un contrato con la enfermera Amia Johnson, madre ya de un niño, la que recibiría la suma de diez mil dólares americanos el cual sería fraccionado en cuotas más un seguro de vida de 200 000, la fecundación se realizó con éxito, lo que no previeron es que a la relación se complicaría en el transcurso del embarazo, con el tiempo el matrimonio Calvert se enteró que Amia tenía varios partos frustrados naciendo muertos y estos le reclamaron, por su parte Amia también reclamo el incumplimiento por parte de estos al no haber contratado la póliza de seguro antes del nacimiento, Amia mando una carta notarial exigiendo que el matrimonio Calvert cumpla con lo pactado, de lo contrario ella tampoco Cumpliría con entregar al niño. Con el nacimiento del niño se realizan pruebas para determinar el parentesco genético el que corroboro que Amia o era la madre Genética, tanto el Juez de primera instancia como el tribunal de apelaciones declaro que los Calvert eran los padres, la corte suprema de california confirmo la apelación, en la participo la Unión Americana de Derechos Civiles como amicus curie que se pronuncia en favor de Amia.

3. JURISPRUDENCIA NACIONAL REFERENTE A LA MATERNIDAD SUBROGADA HOMOLOGA.

3.1. Exp. 183515-2006-0113. SEE AURICH

Este es el primer caso registrado en el Perú sobre maternidad subrogada homologa en el 2006, este caso se produce cuando el matrimonio Mendoza – See descubre que la esposa tiene una enfermedad diagnosticada como una “... *insuficiencia renal Neuropatía por Analgésico e Hipertensión Arterial...*” que impedía o limitaba el embarazo a la Sra. See. Por tener un solo riñón, ya que al quedar embarazada pondría en riesgo su vida y la vida del embrión.

Es así que decidieron buscar otra manera de tener un hijo genético y decidieron optar por la maternidad subrogada, en la clínica Miraflores bajo la supervisión del Dr. Augusto Ascenzo, teniendo como madre sustituta la madre de la Sra. See. Que en

realidad vendría siendo la abuela. La Sra. Jenny Lucero Aurish de Oliva, fue entonces que en el año 2004 se extrajeron tanto el ovulo como el espermatozoide mediante fecundación In Vitro se implanto con éxito el embrión en el útero de la abuela. Contando con una posibilidad exitosa de 19% culminando el embarazo de maneja exitosa hasta la cesaría después de siete meses y 20 días de gestación en la clínica Miraflores, desde entonces fue criada por la pareja Mendoza – See.

Pero al momento del nacimiento en la clínica Miraflores se consignó a la niña como hija de la madre que la alumbró doña Aurish de Oliva y no de doña Carla Monic See , quedando como hermana de la recién nacida, viéndose afectado el derecho de la Filiación, Patria Potestad Herencia, y se pide la impugnación de la maternidad, a lo que el juez declara fundada la demanda, declarando que la niña nacida bajo la técnica de la maternidad subrogada sea registrada con los datos de los padres genéticos quedando como Daniela Mendoza Aurish, dejando sin efecto la inscripción y reconocimiento por parte de la abuela que la gestó. Pero la juez del proceso fue más allá actuando de manera innovadora a dar plazo para que los embriones, óvulos y espermatozoos sean utilizados, bajo la supervisión del juzgado de Familia, en caso de que los embriones sean abandonados y se pueda dar en adopción con la finalidad de hacer efectivo el derecho a la vida, siendo la encargada de supervisar la defensoría del pueblo, así también dispuso elevar e consulta la causa por haber hecho uso del control difuso.

CAPITULO VII

PROYECTO DE LEY

Después de haber desarrollado con esmero el tema que abarca las técnicas de reproducción asistida y especial la maternidad subrogada, tras manifestar su punto de vista el Tesista, propone el siguiente proyecto de ley ante su propia iniciativa la que ayudaría a concretar su idea de la legalización de la maternidad subrogada homologa en el Perú.

PROYECTO DE LEY: LEY QUE REGULA LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA MATERNIDAD SUBROGADA HOMOLOGA

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

El 15 de julio de 1997, se promulga la ley general de salud N° 26842, ley que dedica solo el artículo 7 en lo que refiere el uso de las técnicas de reproducción asistida, artículo en el que queda prohibido la práctica de la maternidad subrogada en cualquiera de sus formas, frustrando de esta manera la última posibilidad de tener un hijo genéticamente propio de la pareja; siendo esta una ley general y no específica no cuenta con artículos dedicados a precisar la forma como es que se debe de llevar la reproducción asistida, los requisitos que deben cumplirse con el fin de salvaguardar los derechos de identidad y filiación en los menores nacidos bajo estas técnicas.

De esta manera al regular el uso de las técnicas de reproducción asistida y precisar la forma como es que se debe de llevar a cabo la maternidad subrogada. Siendo permitida solo la maternidad subrogada homologa, que significa que los gametos con los que se realice la fecundación deben ser exclusivamente de la pareja contratante, quedando prohibida cualquier otra forma de maternidad y cuya conducta de realizarla será sancionada, con la única finalidad de salvaguardar el interés superior del niño en lo que refiere el derecho a la identidad y filiación además de reivindicar el derecho natural de ser padres.

La constitución política del Perú de 1993, en su Artº 2 Inc. 1 que toda persona tiene derecho a la *vida*, del cual derivan otros derechos como el derecho a *su identidad*, que es el derecho que se pretende salvaguardar basándose en el interés superior del niño con la regulación de las técnicas de reproducción asistida y la legalidad de la maternidad subrogada homologa, en este inciso también se hace mención sobre el derecho que se tiene a la *integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar* el que se lograría para una parte de la población afectada por la infertilidad con la realización de ser padres, evitando de esta manera una crisis existencial que pueden desencadenar alteraciones mentales de gran importancia, perdiéndose el equilibrio psicosocial.

Siguiendo con la constitución el inciso 8, establece que se tiene derecho a la *libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica*, la constitución ampara el hecho

de hacer uso de la ciencia y la tecnología en beneficio de la sociedad y que además en el Art. 14 establece que *Es deber del Estado promover el desarrollo científico y tecnológico del país*, el que se materializaría con la legislación específica sobre las técnicas de reproducción asistida y la legalización de la maternidad subrogada homologa, la que se encuentra limitada en el Art. 7 de la ley general de salud, y que además limita el derecho natural de ser padres.

La entrada en vigencia del código civil peruano data del año de 1984, con 32 años de antigüedad, su elaboración fue basada en un esquema tradicional propio de la época de la entrada de su vigencia, con el devenir de los años es necesario que se vuelva a hacer una revisión teniendo en cuenta que la sociedad es dinámica y el avance de la ciencia y la tecnología no es estática, se producido un asincronismo entre el derecho, la ciencia y tecnología, siendo necesario cubrir y salvaguardar los derechos de una parte de la sociedad que se ven involucradas con este avance.

La ley N°27282, promulgada el 07 de junio del 2000, referente a la donación de órganos y tejidos humanos, con esta ley se protege la donación de órganos, de las partes y se prohíbe la donación de órganos no renovables, cuya donación debe de ser de carácter gratuito y no oneroso.

En lo que respecta la maternidad subrogada homologa con la donación de órganos, la primera no necesita de la donación de un órgano sino más bien de la utilización temporal del útero para llevar acabo la gestación, hecho que no ocasiona alguna alteración o disminución en la integridad física de quien lo realiza.

La legislación sobre la utilización y aplicación de las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada, no alteran el orden público y las buenas costumbres, ya que actúan en el desarrollo de la persona y alcance del proyecto de vida tanto personal como familiar, la práctica de estas, al estar regulada se tendría el control en su utilización, evitándose que se generan conflictos de identidad en desmedro del interés superior del niño.

La ley N° 27337 con la que se regula el código de los niños ya adolescentes en su Art. 8 prescribe que “el niño y adolescente tienen derecho a crecer en el seno familiar”, con la maternidad subrogada homologa el niño crecería dentro de su familia natural.

Bajo estas circunstancias tenemos la convicción basándonos en los hechos acaecidos en los últimos años, contar con una ley específica que regule las técnicas de reproducción asistida y la legalización de la maternidad subrogada homologa, protegería el interés superior del niño ya que se evitaría la afectación del derecho a la identidad y la filiación, además de ello se estaría sancionando la práctica indiscriminada de donación de gametos, manipulación genética y se evitaría el lucro desmesurado de las clínicas y médicos sin ética y tráfico de menores.

II. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL.

El presente proyecto no es contrario a la constitución, ya que tendría como finalidad suplir la falta de regulación respecto a las técnicas de reproducción asistida y por ende la legalización de la maternidad subrogada Homologa en el país, incorporando una ley con la que el estado pueda proteger, promover el desarrollo científico y tecnológico del país y salvaguardar los derechos de los beneficiarios de este avance científico y tecnológico teniendo en cuenta para ello el interés superior del niño y la realización del proyecto de vida como persona y como familia.

III. IMPACTO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL.

Ley N° 26842: Art. 7

Código civil: Art. 6; Sección Tercera Sociedad Paterno Filial.

IV. ANALISIS COSTO BENEFICIO

El presente proyecto de ley no genera ni demandara gasto alguno al estado, además de ello se debe abordar el tema de economía procesal; ya que si se llegara a

suscribir un caso respecto al uso de técnicas de reproducción asistida el estado tendría una norma dedicada a regular el tema, el cual se haría de manera administrativa.

Además de ello este proyecto tiene la preocupación de salvaguardar el derecho a la identidad y filiación del nacido bajo esta técnica teniendo para ello una exclusiva preocupación en el interés superior del niño.

Por lo anteriormente expuesto,

CONSIDERANDO

Que al analizar el Artº. 7 de la ley 26842, respecto al uso y aplicación de las técnicas de reproducción asistida, como medio de solución al problema de la fertilidad, encontrándonos que dicho artículo limita el derecho natural de ser padres, al tener una limitación respecto acerca del uso de la maternidad subrogada en cualquiera de sus formas.

Que luego de analizar la constitución en el Art. 2 Inc 1, 8 y Art. 14, encontramos que toda persona tiene derecho a su la identidad, a preservar su integridad psíquica y a su libre desarrollo y bienestar, además de recurrir al uso de la ciencia y la tecnología y que el estado tiene la obligación de promover y proteger el desarrollo científico y tecnológico en el país.

Que a la fecha las técnicas de reproducción asistida se vienen aplicando en distintas partes del mundo, no siendo nuestro país ajeno a esta práctica, se han dado casos en que han resultado perjudicados los niños nacidos bajo esta técnica al momento de determinar la filiación.

Que además siendo el estado el llamado a ejercer su función de ente regulador y preventivo de los conflictos que puedan suscitarse en la sociedad y el estado, brindando soluciones legislativas efectivas, que busquen la armonía de una sociedad igualitaria en derechos.

FÓRMULA LEGAL

PROYECTO DE LEY

LUISINA YULIANA GUTIERREZ TORRES de acuerdo con el artículo 107º de la constitución política del estado peruano, ejerce su derecho de iniciativa legislativa, y en conformidad con el Reglamento del Congreso de la República en su Artículo 76º, presenta el siguiente proyecto de ley;

CAPITULO I

ARTÍCULO 1. OBJETO DE LA LEY. –

1. La presente ley tiene por objeto
 - a) legislar de manera específica el uso de las técnicas de reproducción asistida permitidas en humanos.
 - b) Regular los beneficiarios de esta técnica, que resultarían siendo las parejas heterosexuales casadas legalmente o parejas heterosexuales con la unión de hecho legalmente reconocidas, quedando excluidos las mujeres solteras, hombres solteros y homosexuales.
 - c) regular las formalidades y requisitos en cuanto la manipulación de gametos y crioconservación con el único fin de realizar la maternidad subrogada homologa.
 - d) proteger el derecho a la identidad y filiación, además de reivindicar el derecho natural de ser padres y lograr alcanzar el proyecto de vida familiar y personal.
2. Se prohíbe la clonación humana con fines reproductivos.
3. Se considera legal el uso del material genético con fines terapéuticos.

ARTÍCULO 2. TECNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISITIDA. -

1. Las técnicas de reproducción humana asistida permitidas solo involucran a las que no pierdan el lazo natural con los portadores del material genético y que además no

actúen deterioro de la salud psíquica, física o social de la persona y siempre con su previo consentimiento y debida información.

2. Las técnicas de reproducción asistida solo pueden ser utilizadas con el material genético en los propios donadores los que al ser fecundados de manera extracorpórea serán implantados en el útero.
3. Las técnicas de reproducción asistida solo pueden ser utilizadas con el material genético de una pareja fértil que se encuentra limitada o contraindicada la fecundación, la que tiene que ser certificada y avalada por el especialista en la materia, solo en este caso se puede recurrir a la utilización de la maternidad subrogada homologa, con la finalidad de no perder los lazos genéticos entre los padres genéticos y el nacido bajo esta técnica.
4. El máximo de óvulos que se pueden extraer de una mujer son 10 en el caso que el material sea crio conservado para ser uso de la maternidad subrogada homologa.
5. El máximo de óvulos extraídos en una mujer en la que se volverá a implantar es de 6 óvulos como máximo.
6. los óvulos que no resulten fecundados, deberán ser crio conservados, la única decisión de qué hacer con los óvulos recae en la mujer. Pero si esta mujer aportante de los óvulos decide no tener más hijos estos óvulos pueden ser destruidos.
7. El semen extraído del hombre por resultar incuantificable deberá ser almacenado en crio conservación hasta por cinco veces de la capacidad requerida para la fecundación, luego de ello si decide no tener más hijos puede destruirlo.
8. Los embriones que resulten de la realización de esta técnica y que no sean implantados deberán permanecer en crio conservación, hasta la decisión de ser nuevamente implantados en los que resulten ser los mismos aportantes.
9. Si es que posterior a la fecundación, los aportantes resultaran separados o divorciados, los embriones fecundados quedarían a resguardo del estado, y serian dados en adopción, siguiendo los mismos trámites legales que esta implicaría.
10. El estado deberá crear una institución encargada de controlar exclusivamente la práctica de la reproducción asistida, la que además trabajaría con las instituciones encargadas del estado para proteger el derecho a la vida.

11. Dicha ley tendrá que ser modificada previa evaluación siguiendo las necesidades y avances científicos y tecnológicos.

ARTÍCULO 3. CONDICIONES PERSONALES. -

1. Las técnicas de reproducción asistida solo deben realizarse cuando dependa del éxito total de su práctica, teniendo en cuenta para ello el completo estado de bienestar biopsicosocial de la que se someta.
2. Si es que la mujer es menor de 35 se permite un máximo de 3 intentos de implantación del embrión, teniendo para ello en cuenta el estado emocional de la persona.
3. Si la mujer es mayor de 35 el máximo de intentos de implantación es de dos, teniendo en cuenta el estado emocional de la persona.
4. El sometimiento a la práctica de las técnicas de reproducción asistida debe de registrarse, en cuyo registro debe de figurar la pareja que se somete el médico responsable de llevar a cabo la técnica, los responsables del almacenamiento del producto genético, además de especificar la cantidad de óvulos extraídos en la mujer, y la cantidad de espermatozoides del hombre.
5. En lo que refiere a la maternidad subrogada Homologa, la madre sustituta debe primero someterse a un examen psicológico, antes durante y después del embarazo, si es que llegara a pasar este examen y con certificación medica solo así se puede someter a la subrogación.
6. La pareja solicitante de la subrogación debe de someterse a una evaluación psicológica.
7. La institución especial para vigilar el uso de las técnicas de reproducción asistida debe ser la que brinde el servicio psicológico.
8. Todos los sucesos realizados durante las técnicas de reproducción asistida deben de registrarse en la historia clínica y firmar el responsable de cada evaluación, la que debe de ser supervisada por la institución encargada de vigilar el uso de las técnicas de reproducción asistida.

ARTÍCULO 4. REQUISITOS DE LOS CENTROS EN LOS QUE SE REALIZAN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. -

1. Todos los centros en los que se practique las técnicas de reproducción asistida tienen que registrarse en la institución creada por el estado para regular la utilización de las técnicas de reproducción.
2. Los centros que realicen la práctica de las técnicas de reproducción asistida que no estén inscritos o registrados en la institución creada por el estado para regular las técnicas de reproducción asistida deben considerarse clandestinos, será cerrados definitivamente, sin opción a tramitar la licencia de funcionamiento, y los responsables enfrentaran cargos penales y administrativas.
3. Los centros de prácticas de reproducción asistida deberán estar sujetos a evaluación anualmente como requisito de funcionamiento.

CAPITULO II

PARTICIPANTES DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN

ARTÍCULO 5. DONANTES DE GAMETOS. -

1. En las técnicas de reproducción asistida en los que respecta los donantes son los mismos beneficiarios, los que volverán a ser receptores luego de la fecundación In Vitro del material genético.
2. La maternidad subrogada solo se da si es homologa, lo que significa que los aportantes de los gametos deben ser los mismos solicitantes, de ser diferente el caso no procede la maternidad subrogada ya que dejaría de ser homologa, y su práctica queda prohibida y sancionada, para los que resulten involucrados.
3. La donación de gametos o embriones solo procede si es que los aportantes no desean hacer uso nuevamente de las técnicas de reproducción asistida, el cual será supervisado por la institución creada por el estado para vigilar las técnicas de reproducción asistida, y los receptores de la donación tendrán que demostrar que

después de haberse sometido a varios tratamientos con el uso de su material genético no han podido concebir.

4. La donación se aia exclusivamente con el material genético que haya sido renunciado por los aportantes y mediante registro acepten darlo en donación de manera anónima, solo en este caso procederá la donación de gametos, estando siempre bajo la supervisión de la institución creada por el estado para regular las técnicas de reproducción asistida.

ARTÍCULO 6. USUARIOS DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.-

1. Los beneficiarios de las técnicas de reproducción asistida, serán aquellas personas fértiles que se encuentran limitadas o contraindicadas en la fecundación.
2. Los que siendo fértiles no pueden concebir por problemas distintos a la fertilidad pero que si producen material genético.
3. Los matrimonios heterosexuales, unión de hecho heterosexuales legalmente reconocidos.
4. Los que quedan fuera de la práctica de esta técnica son las pareja gay, hombres solteros y mujeres solteras.

ARTÍCULO 7. FILIACIÓN DE LOS NIÑOS NACIDOS BAJO LA TÉCNICA DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA MATERNIDAD SUBROGADA.

1. La filiación en los niños nacidos bajo las técnicas de reproducción asistida dependerá de la técnica utilizada.
 - a. Maternidad subrogada homologa. Al momento del nacimiento el niño deberá ser registrado con los apellidos de los padres genéticos; con la supervisión de la institución creada por el estado para el control de las técnicas de reproducción asistida.
 - b. Filiación distinta a la maternidad subrogada homologa. Esta será basada en la madre que pare y el marido de esta; ya sea dentro del matrimonio o la unión de hecho, siempre que el sometimiento a la técnica se haya hecho con el

consentimiento por escrito de la pareja, caso contrario el marido podrá pedir la impugnación de la paternidad o viceversa.

ARTÍCULO 10. MATERNIDAD SUBROGADA HOMOLOGA. -

1. La maternidad subrogada solo procede en su forma homologa; lo que significa que los aportantes de los gametos son la pareja contrátate; cualquier forma de maternidad por sustitución distinta a la homologa queda sancionada.
2. El sometimiento psicológico en las partes es obligatorio el cual debe tener seguimiento por la institución creada por el estado para regular las técnicas de reproducción asistida, este señala que se puede realizar, se realizara. Este seguimiento se hará antes, durante y después, se firmará un acuerdo entre las partes en el que la madre sustituta entregará al niño al momento del parto.
3. La madre sustituta después de firmar el acuerdo no puede quedarse con el niño, ya que si lo hace será denunciada por secuestro.
4. Los padres biológicos durante y después del nacimiento del niño no pueden abandonar al niño, ya que si lo hacen enfrentarán cargos penales por abandono y puesta en peligro a un menor, además se les quitara la custodia del niño y serán obligados a pagar una pensión de alimentos, si la madre sustituta plantea quedarse con el niño, luego de una evaluación por todos los órganos encargados de velar el interés superior del niño creen conveniente en entregarle la custodia lo aran.
5. Las instituciones creadas por el estado para regular las técnicas de reproducción asistida deben de velar por el bienestar del menor en caso de abandono, y su posible adopción, el cual deberá recibir la pensión de alimentos independientemente de que sea adoptado o no. De ser adoptado la pensión de alimentos se le depositará en un fondo en el que tendrá acceso solo al alcanzar la mayoría de edad, la que será administrada hasta esa fecha por la institución creada por el estado para vigilar las técnicas de reproducción asistida.
6. La pensión de alimentos solo puede ser administrada por la madre sustituta si es que esta se queda con el menor.

ARTICULO 11. COSTOS DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA. -

1. Los costos referentes a la realización de las técnicas de reproducción asistida, estarán fijados por los centros en los que se practiquen las técnicas.
2. los costos referentes a la maternidad subrogada homologa será cubierto exclusivamente por la pareja contratante, los que incluirán, alimentación controles médicos, medicina, parto, durante la gestación hasta la completa mejoría y alta después del alumbramiento y lo que este genere.
3. Antes de la fecundación In Vitro para la maternidad subrogada será la madre sustituta asegurada, el que deberá cubrir incapacidad física, muerte como consecuencia de la gestación.
4. Las aseguradoras están obligadas a adecuar un seguro que beneficien a las madres sustitutas en caso de incapacidad o muerte como consecuencia de la gestación, cuyos beneficiados serán únicamente los hijos, esposo, o padres que dependan de esta, solo si se demuestra la dependencia en caso de los padres.
5. Cualquier cobro no establecido en esta ley, será considerado indebido y deberán ser sancionados.
6. La institución creada por el estado para controlar la aplicación de las técnicas de reproducción asistida serán las encargadas de vigilar y hacer seguimiento.

15. DESCRIPCIÓN DE RESULTADOS

I. Respecto al **impacto psicológico que genera en los seres humanos estar limitados para concebir**, se obtuvo los siguientes resultados:

1.1. De acuerdo a las estadísticas del INSTITUTO Nacional de estadística, correspondientes al año 2014, se obtuvo que las principales causas de infertilidad son: el cáncer, insuficiencia cardíaca e insuficiencia renal.

- 1.2. De las causas de infertilidad, el mayor porcentaje corresponde al cáncer encontrándose el 7 052 de casos registrados en el 2014, seguido por la insuficiencia renal con el 19.8%.
- 1.3. Para efectos comparativos, se obtuvo que del estudio que realizó Oddens et al. (1999) sobre la infertilidad realizados en la ciudad de en los países de Bélgica, Holanda y Francia se estableció que:
- 1.3.1. los sentimientos negativos y autovaloraciones se encontraron que la depresión es un sentimiento negativo que ocupa un alto índice en la infertilidad (77,9%), Que en las Relaciones de pareja reciben un apoyo del compañero de (92,9%).
- 1.3.2. Que respecto a la Sexualidad existe un menor interés sexual de (31,5%)
- 1.3.3. Luis María Llavona Uribe Larrea; (2008) en su obra “El impacto psicológico de la infertilidad. Papeles del Psicólogo”, mayo-agosto, 158-166 ha referido que la infertilidad implica a una crisis vital importante que desencadena alteraciones psicológicas significativas.
- II. Respecto al análisis jurisprudencial, doctrinal y de derecho comparado relativas a la maternidad subrogada encontró que:
- 2.1. En el ámbito jurisprudencial nacional se encontró la que deriva del expediente N° 183515-2006-00113, seguidos por Carla Monic See Aurich contra Lucero Aurich De La Oliva y otro, sobre impugnación de Maternidad que se tramita por ante la sala décimo quinto juzgado especializado en lo civil – la libertad, en donde se estableció que la práctica de las técnicas de reproducción asistida, en lo que refiere a la maternidad subrogada, ha sido puesta en práctica en el Perú en su versión Homologa pese al estar limitada en cualquiera de sus formas de maternidad subrogada por el Artículo 7 de la Ley General de Salud – Ley N° 26842. Debiendo mencionar que el caso se originó; cuando el matrimonio Mendoza - See al no poder tener hijos por una insuficiencia renal neuropatía por analgésicos e Hipertensión arterial de la señora See recurrieron a la utilización de la técnica de reproducción In Vitro bajo la modalidad de maternidad subrogada Homologa, siendo “la madre sustituta” la madre de la señora See, la Sra. Jenni Lucero Aurich De la Oliva, generando un conflicto de **identidad y filiación** al momento del nacimiento de la

menor, que fue registrada en la clínica consignando los datos de la madre sustituta y no con los de la madre biológica. Terminado en una impugnación de maternidad, a lo que el décimo quinto juzgado de familia especializado en lo civil, declara fundada, señalando que la niña debe ser registrada con los apellidos de los padres biológicos. Subiendo este caso a consulta a la sala constitucional y social de la corte suprema de la república, por hacer uso del control difuso al resolver de oficio el destino de los demás embriones extraídos en la práctica de la técnica de reproducción asistida.

2.2. En cuanto al ámbito internacional se encontró la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica del 6 de agosto de 2012, que en el punto 256. La corte considera pese a que no hay mucha normativa sobre las técnicas de reproducción asistida, y se ha tenido que remitir a los estados en las que se practica incluso la fecundación invitro, señalando que hacen una interpretación amplia del artículo 4 de la convención y que concluyen que el embrión no puede ser entendido como persona. Además, en el punto 263 que el fin y objeto de la cláusula de artículo 4.1 *“de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el caso que ocupa la atención de la Corte, basta señalar que dicho objeto y fin implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos”*. Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica (2012)

2.3. Al investigar la doctrina internacional para determinar la restitución del Derecho natural de ser padres, se encontró, que el derecho natural a concebir, a ser padres, es un derecho inalterable así establecido por la ley natural propia al nacimiento, (...) *garantía individual implícita en el derecho a la privacidad y su impedimento es una violación constitucional*. (Arambula, 2008)

2.4. Del mismo modo, en el derecho comparado, se encontró que en el estado federativo Mexicano no regula la maternidad subrogada a excepción del estado de

Tabasco el cual tiene una ley específica además lo contempla en su código civil en los términos siguientes: artículo 92 *En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación.*

2.5. En los Estados Unidos de América la regulación en sus diferentes estados corresponde a la maternidad subrogada, a excepción del estado de Tennessee que ha implementado normatividad expresa que admite la gestación subrogada Homologa.; regulándola en dos modalidades:

- A. Ambos padres de intención proporcionan los gametos
- B. El padre de intención proporciona el espermato y posteriormente la gestante cede los derechos al padre y a su mujer.

III. Respecto al índice de la población con problemas de culminar un embarazo.

3.1. Desarrollando se obtiene el siguiente cuadro:

Cáncer (2014)	Insuficiencia renal (2012)	Insuficiencia cardiaca (2015)
7052 casos	19.8%	31%

IV. Respecto a la Identificación de la limitación del Derecho Natural por la actual legislación y sus subsecuentes consecuencias.

4.1. Se ha regulado de manera genérica en la Ley General De Salud N° 26842, así, en su Artículo 7 prescribe: “ *El cual señala Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, sin embargo, se hace una salvedad que “**siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona**”.* Quedando claro que se encuentra excluida de tal manera la maternidad subrogada en cualquiera de sus clasificaciones, El mismo artículo prescribe “*Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos*

humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”

V. Respecto a Instituir una propuesta legal para la legitimación de la maternidad subrogada homologa.

5.1. De la búsqueda en los proyectos de ley en el Perú, se ha encontrado un proyecto que regula las técnicas de reproducción asistida pero no sobre la legalización de la maternidad subrogada.

16. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

1. Dentro del análisis que concierne al impacto psicológico que causa la infertilidad en la mujer y familia se pudo encontrar que: el cáncer; la insuficiencia cardíaca e insuficiencia renal son las principales causas de contraindicación de la gestación

en mujeres fértiles; enfermedades que provocan además un gran impacto psicológico aunado la limitación de fecundar, incrementan el sufrimiento y se acompaña de sentimientos negativos como la depresión, pese al apoyo recibido de la pareja en la mayoría de los casos, también disminuye el deseo sexual; todo esto desencadena según estudios realizados alteraciones psicológicas significativas, lo que orillaron a otros países que a que se regule las técnicas de reproducción asistida y se permita la maternidad subrogada en cualquiera de sus modalidades. En comparación con el estado peruano las personas sufren doblemente el impacto de padecer una enfermedad degenerativa y la limitación de fecundar frente a un estado metódico que no presta las garantías para la práctica de las técnicas de reproducción asistida y limita el uso de la última opción de tener un hijo genéticamente propio

2. Respecto al análisis jurisprudencial, en el ámbito nacional se encontró la que deriva del expediente N° 183515-2006-00113, seguidos por Carla Monic See Aurich contra Lucero Aurish De La Oliva y otro, sobre impugnación de Maternidad que genero un conflicto en el derecho de identidad al momento de la filiación, proceso en el que la juez tuvo que resolver pese a la usencia legislativa sin tener mayor controversia porque la parte demandada se allano al proceso. En comparación con la jurisprudencia que deriva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica del 6 de agosto de 2012. La cual se remitió a lo establecido en la convención de derechos humanos interpretando que la protección del embrión no puede anular otros Derechos
3. En lo que refiere el derecho comparado se encontró que el estado Mexicano de tabasco cuenta con una regulación especial sobre las técnicas de reproducción asistida, permitiendo el uso de la maternidad subrogada en cualquiera de sus modalidades lo que generaría el uso indiscriminado de estas técnicas que además sería un grave riesgo al favorecer el tráfico de menores. A diferencia de otros países como que regulan exclusivamente la maternidad subrogada homologa con la finalidad de mantener el vínculo genético de los padres y los hijos. Caso

contrario en el Perú existe una ley general siendo una específica que regule las técnicas de reproducción asistida, ya que el único artículo que se le dedica a su regulación limita la práctica de la maternidad subrogada en cualquiera de sus modalidades.

4. Ante la ausencia legislativa en el Perú, se ha elaborado un proyecto de ley teniendo en cuenta únicamente el interés superior del niño y la reivindicación del derecho natural de ser padres, además de salvaguardar el derecho a la identidad y la filiación del niño nacido bajo esta técnica.

17. CONCLUSIONES

- Las leyes que posee el estado peruano, son leyes que tienen un asincronismo entre el derecho y los avances científicos y tecnológicos.

Avances que se encargan de satisfacer necesidades de una parte de la población con diferentes problemas salud; tal es así que las técnicas de reproducción asistida mediante la fecundación In Vitro dan paso a la maternidad subrogada homologa, solucionando el problema de la limitación de gestación que aqueja a una parte de la población que siguen fértiles, pero como consecuencia secundaria de alguna enfermedad degenerativa o al poner en grave riesgo la vida de la madre y del feto se encuentra contraindicada; por estas razones resulta necesario legislar con una ley específica el uso de estas técnicas de reproducción asistida para restituir el derecho natural de ser padres ahora limitado por el artículo 7 de la ley general de salud N° 26842 impidiendo así desarrollar el proyecto de vida.

- Se concluye al afirmar la hipótesis que la legalización de la maternidad subrogada en su versión homologa, ampara a una parte de la sociedad, que se encuentra limitada para gestar pese a conservar su fertilidad, pero como consecuencia de un efecto secundario ya sea por alguna enfermedad degenerativa o por poner en riesgo la vida de la madre y el feto queda contraindicada la gestación, Siendo la maternidad subrogada homologa el último recurso para tener un hijo genéticamente propio al mantenerse el vínculo genético, el que permanece inalterable entre padres e hijo, dado que el aporte del material (ovulo y espermatozoides) lo hace la pareja de intención para ser fecundado en el vientre de la madre sustituta.
- Respecto al objetivo general trazado podemos concluir que la sociedad es dinámica, sus necesidades se acrecientan y el riesgo de sufrir enfermedades degenerativas que contraindican o limitan la gestación aun en mujeres fértiles son latentes, entre las que encontramos el cáncer, la insuficiencia renal, insuficiencia cardiaca, enfermedades cuyo índice van en aumento cada año; afectando a una gran parte de la población, pero que junto con este avance negativo se hace grandes descubrimiento científicos y tecnológico, para satisfacer necesidades y mejorar la calidad de vida de las

personas, y en algunos países ya van en un perfecto sincronismo entre derecho, ciencia y tecnología, con la única finalidad de preservar los derechos de la sociedad, sin embargo, el Perú necesita una ley que ampare a esta parte de la población con la finalidad de restituir el derecho natural de ser padres y salvaguardar los derechos de los niños nacidos bajo esta técnica, cuya ley debe ser regulada teniendo en cuenta el interés superior de niño basado en su derecho a la identidad y filiación.

- Al analizar la legislación Peruana se concluye que no cuenta con una ley especial que regule las técnicas de reproducción asistida; que la ley general de salud, cuenta solo un artículo referente a estas, el que resulta limitativo para la práctica de la maternidad subrogada en cualquiera de sus modalidades; pero tampoco hay una ley que las sancione, basándose en lo que señala la constitución peruana en su artículo 2, inciso 24, literal b *“Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”*. Se ha venido practicando de manera irresponsable y clandestina e algunos casos, resultando el más afectado el niño nacido bajo estas técnicas, al estar alterando su derecho a la identidad y filiación, además de ser susceptible aun tráfico de menores.

18. RECOMENDACIONES

- El poder legislativo debe de promulgar una ley que regule las técnicas de reproducción asistida, con la que se pueda controlar la práctica de estas, para evitar el tráfico de menores, además se protegería así los derechos de identidad y filiación de los menores nacidos bajo estas técnicas que pueden verse afectados por su práctica irresponsable.
- El poder legislativo debe de legalizar la maternidad subrogada únicamente en su modalidad homologa, que es la última opción de poder tener un hijo genéticamente propio en personas que siguen siendo fértiles, pero que están impedidas o contraindicadas de gestar y así, estas puedan alcanzar su proyecto social de vida.

El ministerio de salud debe crear un órgano únicamente dirigido al control de los centros de reproducción asistida, para hacer el seguimiento en el ejercicio del servicio brindado.

19. REFERENCIAS

BIBLIOGRÁFICAS

- Corral, H. (1999). *Determinación de la Filiación y Acciones de Estado*. Revista de Derecho Politico, Universidad Católica de Valparaíso, p.39-109.
- Diccionario Médico. (s.f.). *salud doctissimo*. Obtenido de salud doctissimo: <http://salud.doctissimo.es/diccionario-medico/clonacion.html>
- Sánchez , V. (2009). *Procedencia de la acción de reclamación de paternidad o maternidad cuando el presunto padre o madre a fallecido: Un Estudio Doctrinario y Jurisprudencial*. Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Constitución política del Perú 1993. Diario Oficial el Peruano, Lima, Perú, 31 de octubre de 1993. Obtenido de <http://constitucionpoliticadelperu.com/>
- Abogados, W. (s.f). *Winkels Abogados*. Obtenido de <http://www.winkelsabogados.com/maternidad-subrogada/>
- Adriel , M. (abril-junio de 2007). *An. Fac. med. v.68 n.2 Lima abr./jun. 2007*. Obtenido de http://www.scielo.org.pe/scielo.php?pid=S1025-55832007000200003&script=sci_arttext
- Alvarez, N. (2015). *babygest*. Obtenido de <http://www.babygest.es/gestacion-subrogada-en-israel/>
- Anonimo. (s.f). Obtenido de Paternidad y Filiación: <http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/21883/Capitulo2.pdf>
- Anonimo. (s.f). Obtenido de <http://www.surrogacy.ru/es/history.php>
- Anonimo. (s.f). *scribd*. Obtenido de <https://es.scribd.com/doc/166477953/Madre-Sustituta-Sentencia-Primera-Instancia-Madre-Sustituta-Word-1>
- Anonimo. (2007). *historia Clasica[mensaje de blog]*. Obtenido de historia clasica: <http://www.historiaclasica.com/2007/05/el-cdigo-de-hammurabi.html>
- Anonimo. (s.f). *Monografias.com*. Obtenido de <http://www.monografias.com/trabajos78/cancer-uterino-peru-cervix/cancer-uterino-peru-cervix.shtml>
- Arambula, A. (2008). *diputados.gob.mx*. Obtenido de <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas.(2008). *declaracion universal de los derechos humanos*. Recuperado 15, de junio del 2015. Obtenido de <http://www.un.org/es/documents/udhr/>
- Asamblea Genaral de las Naciones Unidas. (1948). Carta Internaional de los Derechos del Hombre. *Declaracion Universal de Derechos Humanos* (pág. Art. 16). París: ONU.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (20 de 11 de 1989). *Convencion de los Derechos del Niño*. Obtenido de <http://www.unicef.org/argentina/spanish/7.-Convencionsobrelosderechos.pdf>

- ATV. (10 de Agosto de 2011). Obtenido de [archivo de Video] recuperado:
<https://www.bing.com/videos/search?q=donacion+de+ovulos+en+el+peru&view=detail&mid=32044037107DF7A1CA9532044037107DF7A1CA95&FORM=VIRE>
- Barcelona, D. d. (2001). *declaracio de Derechos de la MADre*. Obtenido de Ucinéo:
<http://www.ucineo.com.ar/Editoriales/der-madre-rn.htm>
- Barcelona, D. d. (2001). *Ucinéo*. Obtenido de Declaracion de derechos de la Madre:
<http://www.ucineo.com.ar/Editoriales/der-madre-rn.htm>
- bebe, A. (s.f). *abcdelbebe*. Obtenido de abcdelbebe: <http://www.abcdelbebe.com/antes-del-embarazo/fertilidad/fertilizacion/cinco-millones-de-bebes-en-el-mundo-han-nacido-por-fecun>
- Bermeo , T. (2008). *Derecho de Personas*. Obtenido de
<http://derechodepersonas.blogspot.pe/p/jurisprudencia.html>
- beybigest. (s.f). *beybygest*. Obtenido de <http://www.babygest.es/opinion-de-la-iglesia-sobre-maternidad-subrogada/>
- Boeree, G. (s.f.). *teorías de la personalidad*. Obtenido de <http://www.psicologia-online.com/ebooks/personalidad/freud.htm>
- Bovone, C. (1987). *congregación para la doctrina de la fe*. Obtenido de vatican.va:
http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html
- Calva, A. (2004). La Maternidad Subrogada: un Derecho a la Reproducción Humana a la luz del Derecho Mexicano. *tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho*. Mexico: Universidad Nacional Autonoma de Mexico.
- Cano, E. (s.f.). *breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad Subrogada*. Obtenido de WWW. Revistapersona.com.ar/cano.htm.
- Care. (2013). *Subrgacion Mexio Care*. Obtenido de <http://www.subrogacionmexico.com/las-leyes>
- Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica, Serie C No. 257 (Corte Interamerica de Derechos Humanos 28 de Noviembre de 2012).
- Castillo, M. (2007). Porque no se debe de reformal el codigo civil. En M. Castillo, *Porque no se debe de reformar elCodigo Civil* (pág. 217). Lima: Palestra.
- Chavez, F. (1992). *madres portadoras*. mexico: Universidad Iberoamericana.
- Diccionario Real Academia de la Lengua. (1192). *Diccionario Real Academia de la Lengua*;. España.
- Durán, A. (2014). Interés superior del menor y gestación por sustitución. *Ars Iuris Salmanticensis*,, 277-282.
- Echezarreta, M. (2015). Filiación biológica versus filiación intencional: dos caminos para asumir la misma responsabilidad. *Revista Internacional de Ciencias Sociales* , 233-248.
- El Heraldo de Tabasco. (13 de 7 de 2015). *El Heraldo*. Obtenido de
<http://www.oem.com.mx/elheraldodetabascO/notas/n3877048.htm>
- El Hospital. (setiembre de 2008). *El Hospital*. Obtenido de El Hospital:
<http://www.elhospital.com/temas/Reproduccion-asistida-en-Latinoamerica+8065512?pagina=3>

- Faugier, I. L. ((sin fecha)). *Los Metodos de Reproducción Asistida y su Impacto en la Filiación*. Obtenido de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3835/11.pdf>
- Gaudium Eet Spes. (7 de Diciembre de 1965). *vatican. va*. Obtenido de http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_sp.html
- Gestación por sustitución. Reconocimiento de decisión extranjera, 245/2012 (Supremo 06 de Febrero de 2014).
- Gilabert, N. F. (2016). *Reproduccion Asistida. org*. Obtenido de <http://www.reproduccionasistida.org/congelacion-de-embriones/>
- Impugnación de Maternidad, 183515-2006-00113 (Decimo Quinto Juzgado Especializado de Familia 6 de enero de 2009).
- Jadresic, E. P. (2000). Aspectos emocionales en la infertilidad: una revisión de la literatura reciente. *Revista Chilena De Neuropsiquiatria* , 38(2). Recuperado el 15 de ENERO de 2016, de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-92272000000200004#1
- Joseph, R. Alberto, B. (22 de febrero de 1987). *vatican.va*. Obtenido de http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html
- ley 14/2016. BOE. del 27 de mayo del 2006. Obtenido de Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado [ES]: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>
- Juan Pablo II. (1980). Discurso a los participantes en el 81º Congreso de la Sociedad Italiana de Medicina Interna y en el 82º Congreso de la Sociedad Italiana de Cirugía General. Italia.
- Juan pablo II. (1983). *vatican. va*. Obtenido de [vatican. va: http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/speeches/1983/october/documents/hf_jp-ii_spe_19831029_ass-medica-mondiale.html](http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/speeches/1983/october/documents/hf_jp-ii_spe_19831029_ass-medica-mondiale.html)
- Juan Pablo II. (s.f.). *Libreria Editrice Vaticana*. Obtenido de [vatican.va: http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/apost_exhortations/documents/hf_jp-ii_exh_19811122_familiaris-consortio.html](http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/apost_exhortations/documents/hf_jp-ii_exh_19811122_familiaris-consortio.html)
- Juridicas Unam. (s.f.). *Juridicas*. Obtenido de [JuridicasUnam: http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/saldyder/pdf/5-275s.pdf](http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/saldyder/pdf/5-275s.pdf)
- Laguna, U. d. (2015). *Jurisprudencia europea, filiación y vientres de alquiler[archivo de video]*.
- ley 27337. diario Oficial el Peruano. del 21 de 07 de 2000. *Codigo del Niño y Adolescente*. Obtenido de tarea.org.pe/images/Codigo_Ninos_Adolescentes.pdf
- Llavona , L.(2008). El impacto psicológico de la infertilidad. *Papeles del Psicologo*, 29(2), 158-166. Obtenido de Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=77829202>
- Martín, A. (2011). *Maternidad y Tecnicas de Reproducción Asistida: Un Analisis, Desde la Perspectiva de Genero, de los Conflictos y Experiencias de Las Mujeres Usuaris*. Castelló, España.: Universitat Jaume.
- Mendez, M. (1986). La Filiación. Buenos Aires- Argentina: Rubizal-Culzoni.

- Ministerio de Salud. (20 de 1 de 2014). *Notas de prensa 002*. Obtenido de <http://www.insm.gob.pe/oficinas/comunicaciones/notasdeprensa/2014/002.html>
- Miranda Canales, M. (1998). "*Derecho de Familia y Derecho Genético*". (págs. 320-321). IIMA: Ediciones Jurídicas.
- Montero, L. A. (2009). *informe de warnok*. Obtenido de [blocs]: <http://blocs.xtec.cat/seminarieecerdanyola/files/2009/04/informe-warnock.pdf>
- Montseny, F. (1997). *cent dies de la vida de una dona*. Barcelona: Galba.
- Orbea Corrales, B. A. (2012). *Derechos Contenidos en la Maternidad Subrogada*. Quito, Ecuador: Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Obtenido de <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/6952/13.J01.001390.pdf?sequence=4>
- Perú. (9 de 7 de 1997). *digemid. minsa*. Obtenido de <http://www.digemid.minsa.gob.pe/UpLoad/UpLoaded/PDF/LEYN26842.pdf>
- Pierre-Oliver Aduin. (26 de ENERO de 2015). *Bioetica y Vida Humana*. Obtenido de <http://cigotoypersona.blogspot.pe/2015/01/por-que-el-alquiler-de-vientres-o.html>
- Pomfret, J. (3 de 5 de 2009). *prensa china*. Obtenido de <https://sites.google.com/site/maternidadsubrogada/Home/prensa/china-aborto-forzado-en-china-mina-la-industria-de-vientres-de-alquiler>
- Quaini, F. (s.f). *Lexaustralis*. Obtenido de <http://www.lexaustralis.com/vientresubrogado.htm>
- Quaini, F. (s.f.). *Gestación por Subrogación*. Obtenido de Quaini : <http://www.quaini.com/es/Gestacion%20por%20Sustitucion>
- Ramirez, D. (2011). *Curiosidades Jurídicas*. Obtenido de blogspot: <http://curiosidadesjuridicasyalgomablogspot.pe/2011/10/la-maternidad-subrogada-ii-parte.html>
- Rojas, J. (2015). *maternidad subrogada*. Obtenido de <http://www.maternidadsubrogada.com.ar/index.php/publicaciones/46-nacer-de-un-utero-alquilado-no-afecta-la-vida-de-los-chicos>
- Rojas, J. H. (2007). *Fecundacion Pos Portem*. Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina. Obtenido de <http://imgbiblio.vaneduc.edu.ar/fulltext/files/TC077334.pdf>
- Rousseau, J. (1998). *de la Educación*. Madrid: Alianza Editorial.
- RT. (2013). *RT*. Obtenido de RT: <https://actualidad.rt.com/actualidad/view/107882-rusia-iglesia-protestar-maternidad-subrogada>
- Ruiz, P. (1988). *el contrato de maternidad subrogada*. Obtenido de <https://es.scribd.com/doc/59199677/TESINA-MATERNIDAD-SUBROGADA>
- Silvia Ruiz, p. (1988). *Contrato de Maternidad Subrogada. boletin informativo N° 1503*. España: Ministerio de Justicia.
- sociedad bíblicas unidas. (1979). *Dios habla hoy*. Puebla México: sociedad bíblicas unidas. Obtenido de bible study tools.
- sociedad española de fertilidad. (s.f). *Ser Fertilidad*. Obtenido de Fertilidad y Rproduccion Asisitida: <http://www.sefertilidad.net/docs/biblioteca/libros/saberMas.pdf>
- Soutullo, D. (2000). *Catedra de Derecho y Genoma humano*. Obtenido de revista sumario. asp: http://www.catedraderechoygenomahumano.es/revista_sumario.asp?numero=12

- Urbina, C. (2011). *El Ágora*. Obtenido de Relaciones jurídico familiares: Fuentes y contenido.: <http://elagora4181.blogspot.pe/2011/09/relaciones-juridico-familiares-fuentes.html>
- Llavona, L.(2008) *El impacto psicológico de la infertilidad*. Papeles del Psicólogo [en línea] 2008, 29 (mayo-agosto) : [Fecha de consulta: 9 de enero de 2018] Disponible en:<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=77829202>> ISSN 0214-7823
- Varsi, E. (2001). Derecho Genetico. En E. V. Rospigliosi, *Derecho genetico* (4 ed., pág. 125). Lima, Perú: Grijley.
- Varsi, E. (2011). *[youtube]*. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=vXfqzkK1g-o>
- Velsid. (13 de 10 de 2010). *Republica*. Obtenido de pequelia republica: <http://pequelia.republica.com/preconcepcion/bebe-nacido-a-partir-de-un-embrión-congelado-hace-20-años.html>
- vittoriavita. (2015). *vittoriavita*. Obtenido de <http://vittoriavita.com/spa/la-maternidad-subrogada-por-que-iglesia-esta-en-contra/>
- Weigarten, C. (2007). salud familia Derechos Humanos. En Cecilia Weigarten, *Salud Familia Derechos Humanos* (pág. 190). Buenos Aires: Rubinzal-culzoni.
- wikipedia. (10 de octubre de 2015). Obtenido de <https://es.wikipedia.org/wiki/Subrogaci%C3%B3n>

20. ANEXOS



Papeles del Psicólogo

ISSN: 0214-7823

papeles@correo.cop.es

Consejo General de Colegios Oficiales de
Psicólogos
España

Llavona Uribe Larrea, Luis María
El impacto psicológico de la infertilidad
Papeles del Psicólogo, vol. 29, núm. 2, mayo-agosto, 2008, pp. 158-166
Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos
Madrid, España

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=77829202>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

EL IMPACTO PSICOLÓGICO DE LA INFERTILIDAD

Luis María Llavona Uribelarrea
Universidad Complutense de Madrid

Este trabajo analiza la infertilidad como “problema clínico atípico” y la relevancia de sus consecuencias psicológicas. Describe las circunstancias que pueden desencadenar una crisis vital en la pareja, y revisa la investigación sobre la devaluación del autoconcepto y sobre las alteraciones emocionales. También recuerda las repercusiones negativas psico-sociales y económicas en los países en desarrollo.

Palabras clave: Infertilidad, Ajuste emocional, Crisis vital, Autoconcepto, Pareja.

This paper analyzes infertility as an “atypical clinical problem” and the relevance of its psychological consequences. It describes the circumstances that can lead to a life crisis in the couple and provides an overview of research on devaluation of the self-concept and on emotional adjustment. It also considers negative psycho-social and economic implications in developing countries.

Key words: Infertility, Emotional adjustment, Life crisis, Self-concept, Couple.

El problema de la infertilidad está adquiriendo una presencia cada vez mayor en las sociedades desarrolladas. Esta presencia no se debe solamente al importante aumento de las personas que se encuentran dentro de esta condición, sino también a los extraordinarios avances científico-tecnológicos que se han producido en las últimas décadas en el campo de la reproducción asistida, a los ingentes medios que se han dispuesto para la atención de las personas con este problema (crecimiento exponencial de centros de asistencia públicos y privados), y a la toma de conciencia social de que este fenómeno, dados los derroteros que ha tomado nuestra civilización respecto a los patrones de vida, irá teniendo cada vez mayores repercusiones en la sociedad, pudiendo llegar a convertirse en un problema social de primera magnitud.

En efecto, debido fundamentalmente al retraso en la edad de procrear de la mujer y a la disminución que se viene apreciando en la calidad del semen en los hombres (menor concentración de espermatozoides, menor porcentaje de movilidad y mayor porcentaje de morfología anómala), no es extraño que se contemple un futuro en el que el proceso de reproducción humana pase cada vez más por la ayuda de procedimientos de reproducción asistida: Fertilización In Vitro (FIV), Donación de espermatozoides, óvulos o embriones, etc.

Este fenómeno cobra trascendencia y revela su magnitud cuando el nivel de análisis desciende desde unos datos sociológicos generales (los humanos tienen cada vez mayores problemas para lograr la procreación por los procedimientos naturales, llegando en una proporción cada vez mayor a no alcanzarla), a los datos concretos. En España, según los datos ofrecidos por Coroleu (presidente de la Sociedad Española de Fertilidad), en torno a 800.000 parejas tienen problemas para tener hijos y 30.000 parejas se someten anualmente a tratamientos de reproducción asistida, de las cuales nacen 7.000 niños (“Cada año nacen 7.000 niños”, 2007).

Sin embargo, sólo podemos entender la dimensión exacta de este fenómeno cuando bajamos a un análisis psicológico de lo que significa la infertilidad para las personas que se encuentran en esa situación y se ponen de relieve las vivencias concretas que se experimentan al atravesar ese largo proceso.

Ha de notarse que cuando intentamos profundizar en el conocimiento psicológico de la infertilidad nos encontramos con un sesgo serio: la inmensa mayoría de los datos con que se cuenta provienen de estudios realizados sobre personas que, encontrándose con problemas para tener hijos, se han acercado a un Centro Sanitario relacionado con la reproducción humana. Teniendo presente que la estimación sobre el porcentaje de las personas que solicitan ayuda cuando tienen dificultades para procrear varía ampliamente según los países (van Balen, Verdurmen y Ketting, 1997), no se deben tomar estos datos como representativos del colectivo de parejas in-

Correspondencia: Luis María Llavona Uribelarrea. Departamento de Personalidad, Evaluación y Psicología Clínica. Facultad de Psicología. Universidad Complutense de Madrid. Campus de Somosaguas. 28223-Pozuelo de Alarcón (Madrid). España. E-mail: lmllavon@psi.ucm.es

fértiles en general, sino representativos de las parejas que siendo infértiles demandan ayuda. Por otra parte, debe reconocerse la dificultad de acceder al colectivo de parejas infértiles existentes en la población general, considerando que en muchos casos se desconoce por parte de la pareja esta situación, y en otros se cubre con un velo de silencio.

Existen ya numerosas publicaciones que abordan por extenso los múltiples aspectos psicológicos implicados en la infertilidad y la reproducción asistida (Daniluk, 2001; Gerrity, 2001; Guerra, 1998; Leiblum, 1997; Llavona y Mora, 2003; Mora, 2005; Moreno et al., 2007; Moreno-Rosset, 2000a; Wirtberg, Möller, Hogström, Tronsstad, y Lalos, 2007). Por ello, en este trabajo nos vamos a limitar a analizar el concepto de infertilidad y a revisar la evolución seguida en la investigación de las repercusiones psicológicas. Además, se marcarán algunas diferencias entre el impacto que produce la infertilidad en los países desarrollados occidentales y en países en desarrollo.

UN PROBLEMA ATÍPICO

La infertilidad, en cuanto incapacidad para concebir después de un año de mantener relaciones sexuales regulares no protegidas (WHO, 1993), resulta ser un problema clínico muy particular (U.S. Congreso, 1988). Por una parte, desde un punto de vista físico, la inmensa mayoría de las personas que tienen este problema no presentan ninguna repercusión física negativa: no muestran síntomas específicos, no padecen ningún dolor, malestar, ni impedimento físico; ni corren riesgo de presentar otros trastornos físicos derivados de este problema. Así, muchas personas que son infértiles, pueden pasar gran parte de su vida, o toda ella, desconociendo si son “fértiles” o “infértiles”, y disfrutando de una vida plena, ya vivan solas o en pareja.

El “problema biológico de la infertilidad” sólo se evidencia cuando se somete a prueba la función reproductora en condiciones adecuadas y fracasa. De este modo, aparece una disfunción biológica en relación con la reproducción, cuya consideración no se limita a la estricta problemática anatómico-fisiológica presente en cada caso, sino que puede trascender hacia el nivel de la procreación-paternidad. Por tanto, una vez descubierta esa disfunción orgánica puede permanecer como tal, sin incidir en la calidad de vida de la persona; puede pasar a ser un problema más de entre los diversos tipos de trastornos biológico-médico con que han de enfrentarse las

consultas obstétricas y ginecológicas, o convertirse en un “problema personal”.

El factor general que determinará que ocurra alguna de estas posibilidades es el deseo de tener un hijo, y más concretamente ha de ser el deseo de tener un hijo biológico. Sin la intervención de esta variable, al menos en un nivel medio-elevado, no es probable que una persona ni siquiera inicie un tratamiento de reproducción asistida, ni se convierta esa disfunción biológica en un problema personal. Así, los determinantes biológicos sólo alcanzan la cualidad de problema cuando, y en cuanto, suponen una frustración de la aspiración de procrear (Llavona y Mora, 2002). Por esto, en las *Guidelines for Counselling in Infertility* de la ESHRE (European Society of Human Reproduction and Embryology), cuando se abordan las características específicas de las consultas de infertilidad, se afirma que “el foco central de la consulta es un deseo no cumplido o una meta de la vida” (Kertenich, 2002, p. 1).

Dando una vuelta de tuerca más, el “problema clínico” resulta ser todavía más atípico si se tiene en cuenta que en la mayoría de los casos están implicadas dos personas y que, independientemente de en quién resida la disfuncionalidad orgánica (en uno de los dos o en ambos), la situación de infertilidad se extenderá a la pareja, dando lugar a “parejas infértiles”. Por tanto el problema de la infertilidad pasa a sustanciarse como un problema de “parejas con incapacidad de procrear”, o como “parejas con frustración de un deseo importante o meta de la vida”.

CRISIS VITAL

Un punto en el que parece haber gran consenso entre los estudiosos del impacto psicológico de la infertilidad es que el descubrimiento de la infertilidad supone una crisis importante en la vida de las personas implicadas (van Balen y Trimbos-Kemper, 1993). Cuando alguien quiere tener un hijo, el que se haga patente la incapacidad de lograrlo por el “procedimiento natural” que la humanidad ha seguido a lo largo de su existencia, en el momento de la vida que uno quiere, ha de producir sin duda una sorpresa y una cierta frustración. La sorpresa proviene de estar ante una situación inesperada, puesto que existe en los humanos la creencia arraigada de que “la procreación es un proceso voluntario”, que cualquier persona puede alcanzar con la sola condición de realizar frecuentes interacciones coitales. Además, esta creencia se ha de ver fortalecida indirectamente por el hecho de que las sociedades desarrollan ingentes esfuerzos en relación con el control de los embarazos no dese-

ados, que deja la idea latente de que el embarazo ocurrirá si no se ponen medios que lo impidan. En la población general, excepto pacientes con determinadas dolencias previas relacionadas con la reproducción, no se anticipa de uno mismo la condición de infértil; la capacidad de procrear se presupone.

A su vez, la constatación del fracaso en tener un hijo no sólo ha de provocar una frustración por el no cumplimiento del deseo y las expectativas de paternidad, sino que también supone una alteración, al menos temporal, del plan de vida que se tenía trazado, y de alguna manera supone un desafío a ese proyecto de vida. Esta frustración por la alteración del plan de vida habrá de ser más importante en dos tipos opuestos de plan de vida: el que tenía programado la paternidad en edad joven (tener hijos cuando se tiene vitalidad, para dedicarles los mejores años de uno mismo), y el que programaba la paternidad como culminación de un desarrollo personal (tener hijos cuando se alcanza una madurez personal y profesional). En ambos casos, el factor tiempo será una variable que pondrá en serio riesgo el logro del objetivo del plan de vida.

Por todas estas cuestiones, parece natural que quienes se ven sorprendidos por la situación de infertilidad se encuentren confundidos y experimenten, al menos, una sensación de desconcierto, puesto que han de asimilar todo lo que les está ocurriendo y posicionarse ante las nuevas y distintas condiciones de su situación. Este proceso obliga a un replanteamiento del plan de vida y a una toma de decisiones importantes sobre el mismo: seguir intentándolo por sus propios medios, renunciar a tener hijos, intentar la ayuda de la reproducción asistida, adoptar, acoger...

Ahora bien, esta crisis, que se puede valorar como importante en la vida de una persona, en cuanto que le enfrenta consigo mismo al replantearse valores y decisiones vitales que no siempre habían estado explicitados anteriormente, no tendrá por qué convertirse necesariamente en una crisis vital grave. Si bien autores como Menning (1980), Forrest y Gilbert (1992) y Lalos (1999) informan que muchos individuos infértiles sufren una crisis existencial crónica, cabe suponer que el elemento mantenedor de esta crisis será la frustración continuada de un alto deseo de paternidad biológica.

Un dato nuevo, que sólo ha podido aparecer gracias a la realización de estudios longitudinales sobre los tratamientos de reproducción asistida que han terminado en fracaso, es que las personas que experimentan esta crisis

crónica por “no tener hijos” no sólo la ven reavivada a lo largo de su ciclo vital con algunos sucesos de su vida que les trae a primer plano la “ausencia de paternidad” (Carter y McGoldrick, 1999), sino que de modo específico cobra fuerza cuando estos individuos llegan a la etapa en la que esperarían “ser abuelos” (Wirtberg, Möller, Hogström, Tronstad y Lalos, 2007). Así, se puede reproducir el proceso y comenzar otra vez de nuevo el fenómeno en forma de frustración por no tener nietos (“grandchildlessness”, Wirtberg et al., 2007).

DEVALUACIÓN DEL AUTOCONCEPTO

Una posición de la que se debe partir a la hora de analizar el deseo de paternidad biológica es el hecho de que está, en gran medida, condicionado por los altos valores asociados a la procreación, una de las aspiraciones consideradas todavía básicas por la mayoría de los humanos (Ireland, 1993). Cuando se toma la “potencia para procrear” como referente de la virilidad-masculinidad o la feminidad, la incapacidad para tener hijos “por uno mismo” pondrá en cuestión la identidad personal, pudiendo sembrar dudas sobre “el grado de hombre o mujer” que uno es (Carmeli y Birenbaum-Carmeli, 1994; Deveraux y Hammerman, 1998; Williams, 1997). Este cuestionamiento sobre la identidad personal, puede llegar a modificar el concepto que se tenía sobre uno mismo hasta ese momento, devaluándolo, y convertirse en el responsable de desencadenar en las personas con problemas de infertilidad pensamientos de desvalorización personal.

Así, numerosos estudios encontraron que en las parejas que acudían a Centros de reproducción asistida estaban presentes diversos tipos de autovaloraciones negativas:

- ✓ Baja autoestima y sentimientos de inferioridad (Abbey, Andrews y Halman, 1992; Bromham, Bryce y Balmer, 1989; Wischmann, Stammer, Scherg, Gerhard y Verrés, 2001).
- ✓ Baja confianza en sí mismos y bajo amor propio (Menning, 1977, 1980).
- ✓ Pobre autoimagen (Abbey, Andrews y Halman, 1994; Miall, 1994).
- ✓ Valoración de sí mismos como incompletos o con algún defecto (Edelmann, Humphrey y Owens, 1994; Möller y Fällström, 1991).
- ✓ Valoración de sí mismos como poco atractivos y dignos de consideración por los otros (Oddens, den Tonkelaar y Nieuwenhuyse, 1999; Valentine, 1986).

✓ Cuestionamiento de la capacidad para desenvolverse como padres y para mantener una relación de pareja (Greil, Leitko y Porter, 1988).

Ha de tenerse presente que el valor positivo de la concepción por los propios medios es de tal magnitud que algunas personas mantienen estas valoraciones negativas sobre sí mismos incluso cuando han logrado la paternidad mediante reproducción asistida (Hjelmstedt, 2003). Quizá puedan explicarse estos datos por la consideración, todavía válida, realizada por Whiteford y Gonzalez (1995) respecto a que “el deseo de tener un niño, que está moldeado culturalmente, parece ser extremadamente fuerte, de modo que trasciende al sexo, a la edad, a la raza, a la religión, a la etnicidad y a la división en clases sociales” (citado por Hjelmstedt, 2003, p.7).

En cualquier caso, no debe pasarse por alto la estrecha relación existente entre las creencias y valores individuales y las creencias y valores imperantes en las diversas sociedades, de tal modo que en las sociedades en las que la demanda de paternidad es alta debido a necesidades sociales, económicas y religiosas, el no tener hijos acarreará consecuencias psicosociales muy negativas (Dyer, Abrahams, Mokoena, Lombard y van der Spuy, 2005).

EVOLUCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PSICOLÓGICA SOBRE EL IMPACTO EN LA INFERTILIDAD

En las Guías de evaluación, consejo, apoyo e intervención psicológica en Reproducción Asistida, del Grupo de Interés en Psicología de la SEF (Sociedad Española de Fertilidad), al analizar los procesos emocionales que se encuentran en estos pacientes informan que: “No es por tanto raro que, por lo general, encontremos expresiones emocionales de: aislamiento social y personal, culpa y culpabilización, ansiedad, depresión y problemas en la relación de pareja” (Moreno y Guerra, 2007, p. 12). En efecto, el dato de que los pacientes, que acuden a consulta tras intentar infructuosamente ser padres, especialmente en el caso de las mujeres, presentan este tipo de problemas no ha de resultar extraño desde el conocimiento psicológico, pues todos ellos son funcionamientos que parecen encajar adecuadamente en procesos explicados por diversas teorías psicológicas fácilmente identificables.

Numerosos profesionales interesados en este campo han estado ofreciendo pruebas de esta realidad desde los años 80, a través de descripción de casos y de estudios descriptivos y empíricos (Ávila, 1993; Benazon,

Wright, y Sabourin, S., 1992; Boivin y Takefman, 1996; Greil, 1997; Link y Darling, 1986; Menning, 1980; Mora, 2005; Moreno-Rosset, 2000b, Wirtberg et al., 2007).

Sin embargo, en la década de los 90 aparecieron una serie de revisiones de este tipo de estudios que cuestionaron esta “visión oficial del problema psicológico de la infertilidad”: la infertilidad implica una crisis vital importante que desencadenará alteraciones psicológicas significativas.

En primer lugar, se plantearon serias objeciones metodológicas, basándose en que la mayoría de las investigaciones de las que se había obtenido esa información eran exploratorias, tendían a utilizar instrumentos elaborados por los propios investigadores (en lugar de instrumentos estandarizados), la muestra era sesgada porque estaba compuesta fundamentalmente por las mujeres que buscaban ayuda, les faltaban grupos de control o comparación de grupos, y el número de sujetos era pequeño (Burns y Covington, 1999; Dunkel-Schetter y Stanton, 1991).

Además, se alegó que cuando se tenían en cuenta solamente las investigaciones que empleaban una muestra representativa y medidas estandarizadas, las investigaciones empíricas demostraban que las mujeres infértiles en general no diferían significativamente en los aspectos emocionales del grupo control o de los grupos normativos, aunque había evidencia de efectos negativos en unos pocos estudios (Dunkel-Schetter y Lobel, 1991). Por otra parte, como señalan Wischmann, Stammer, Scherg, Gerhard, y Verres (2001), varios estudios sistemáticos que habían utilizado grupos de control o grupos de comparación no encontraron psicopatología significativa en la población de parejas infértiles (Leiblum y Greenfield, 1997; Morrow, Thoreson y Penny, 1995; Wright, Allard, Lecours, y Sabourin, 1989).

Más recientemente, Verhaak y colaboradores, como conclusión de su revisión sobre 25 años de investigación en los aspectos psicológicos de la FIV, dictaminan:

“Aparte de las diferencias individuales... no ha producido evidencia que demuestre que haya consecuencias emocionales negativas significativas para los fracasos en los tratamientos. La mayoría de las mujeres parecen ser capaces de tratar de modo efectivo con la carga de los ciclos sucesivos. La mayor parte de las mujeres parecen estar bien ajustadas, aún con un tratamiento sin éxito; pero no obstante, un número considerable

desarrolla problemas emocionales clínicos relevantes como resultado de FIV no efectiva” (Verhaak, Smeenk, Evers, Kremer, Kraaijmaat, y Braat, 2007, p.33).

Esta conclusión parece volver a centrar el problema en su justa medida: No se puede afirmar, de modo general, que la mayor parte de las personas con problemas de infertilidad presenten alteraciones psicológicas (en sí mismas o en relación con las diversas intervenciones de Reproducción Asistida), pero parece constatar que una parte de ellos sí tiene problemas, como se describe en Antequera, Moreno-Rosset, Jenaro y Ávila en este mismo número).

A través de investigaciones controladas han ido apareciendo datos que van confirmando el tipo de problema y la magnitud. En esta dirección destacan los resultados de la investigación de Oddens et al. (1999) realizada sobre una muestra de 281 mujeres que esperaban para recibir tratamientos de reproducción asistida, en tres países distintos (Bélgica, Holanda y Francia), que fue comparada con otras 289 de características similares, pero sin problemas de fertilidad (grupo control). Aparecieron diferencias significativas entre los dos grupos en los siguientes aspectos, con la prevalencia que se indica para el grupo que se investiga:

- 1) Sentimientos negativos y autovaloraciones negativas (sentirse inadecuado (44,8%), deprimido (77,9%), dañado (84,4%), culpable (37,4%), aislado (50,5%), con ira (73,3%), avergonzado (37,2%), perturbado (77,0%)).
- 2) Relaciones de pareja (apoyo del compañero (92,9%), compañero alterado (37,5%), mal compañero (67,7%), menor satisfacción con la relación (8,7%), relación menos estrecha (4,5%)).
- 3) Sexualidad (menor interés sexual (31,5%), menor satisfacción sexual (20,6%), menor placer sexual (25,7%), menor espontaneidad en el sexo (48,1%), menor frecuencia coital (22,3%)).

Además, se encontraron también diferencias significativas en el estado de ánimo deprimido, en la capacidad de concentración y memoria, en ansiedad/miedos y en la atractividad. Una de cada cuatro pacientes (24,9%) presentaba trastornos depresivos frente a sólo el 6,8% de los controles.

Cabe señalar que diversas investigaciones, con grupos de control, sí han venido encontrando de modo sistemático diferencias significativas en las mujeres con problemas para tener hijos, fundamentalmente en medidas de

ansiedad y de comportamientos depresivos, en alguna de las distintas fases de la reproducción asistida (como muestra se pueden consultar: Castro, Borrás, Pérez-Pareja y Palmer, 2001; Dyer et al, 2005; Moreno-Rosset y Martín, 2008; Verhaak et al. 2007; Wischman et al. 2001).

Finalmente, ha de tenerse presente que, parafraseando a Wischmann et al. (2001, p.1760), aunque las investigaciones están definitivamente a favor de la “despatologización” de la infertilidad, parece haber un “subgrupo” de parejas con serios problemas psicológicos que necesita una especial ayuda psicológica.

Una orientación sobre la configuración de este subgrupo, cuya magnitud Boivin estima en un 20% del total, se puede encontrar atendiendo a los factores de riesgo que este autor señala en las ya mencionadas Guidelines for Counselling in Infertility (ESHRE):

- 1) Personal (psicopatología pre-existente, infertilidad primaria, ser mujer, considerar la paternidad como un objetivo central de la vida de un adulto, y utilizar estrategias de evitación para hacer frente al problema).
- 2) Situacional o social (pobre relación matrimonial, red social empobrecida, y situaciones o personas que recuerdan la infertilidad).
- 3) Relacionado con el tratamiento (efectos secundarios asociados con la medicación, situaciones que amenazan el objetivo del embarazo, y los momentos de tomar decisiones). (Boivin, 2002, pp.9-10)

REPERCUSIONES SOCIALES

La mayor parte de las investigaciones que han intentado conocer las repercusiones de la infertilidad en la vida de las personas, a lo largo de los últimos cuarenta años, se han llevado a cabo en países desarrollados occidentales, puesto que en ellos se disponía de recursos para hacerlo, y han estado centrados en descubrir el impacto que supone para el “bienestar psicológico”. Sin embargo, no debe olvidarse que las repercusiones de la infertilidad en la vida de las personas no son las mismas en los países desarrollados occidentales, en los que el bienestar económico-social está básicamente asegurado y no guarda relación directa con la paternidad biológica, que en otros países en vías de desarrollo, o desarrollados pero en los que todavía persiste una concepción de la sociedades donde las estructuras familiares siguen manteniendo el entramado social-económico por encima de cualquier otra estructura social.

Como señalan Dyer y colaboradores, en el mundo en desarrollo, la infertilidad produce “inestabilidad matrimonial, divorcio, pérdida de estatus social, abuso, pobreza y estigmatización ... y aunque los hombres no son inmunes al sufrimiento asociado a la infertilidad, las mujeres llevan la carga principal, son culpadas por la no concepción y son más vulnerables a las consecuencias negativas sociales y económicas” (Dyer et al, 2005, p.1938).

Varios estudios llevados a cabo en China y Taiwan, además de resaltar que los problemas que experimenta son similares a los occidentales, e indicar que el no tener hijos presenta un impacto mayor tanto en las áreas rurales como en las personas con un nivel de educación más bajo, coinciden en resaltar que la principal diferencia con occidente reside en la distorsión de la relación con los “suegros”, por el papel tan importante que estos juegan en la sociedad china (Lee y Sun, 2000, Lee, Sun, y Chao, 2001).

A su vez, Hjelmstedt (2003) no sólo llama la atención sobre la preocupación que en muchas mujeres musulmanas provoca esta situación, por la posibilidad de tomar una segunda esposa, sino que informa que alrededor del 40% de las mujeres con infertilidad secundaria de Nigeria eran consideradas “brujas” en las causas de divorcio o nueva unión de sus parejas. También recuerda que no deben olvidarse las consecuencias tan devastadoras que tiene este problema en las sociedades donde la existencia de niños supone la supervivencia de los mayores.

Una muestra de los estudios sobre población de Turkía, Sudáfrica, Kuwait, Bangladesh y Mozambique, que reflejan ampliamente esta problemática, puede consultarse en Ozcon y Baysac (2006), Dyer et al (2005), Fido y Zahid (2004), Papreen, Sharma, Sabin, Begum, Ahsan, y Baqui, (2000), Gerrits (1997) y van Balen y Gerrits (2001).

CONCLUSIONES

La información que se ha venido analizado sobre las distintas repercusiones psicológicas pone de relieve la necesidad de la actuación del psicólogo en este campo de atención a las parejas con problemas de infertilidad, y especialmente la intervención con el subgrupo problemático. Además, permite orientarla hacia unos objetivos de intervención preferentes (veáanse los trabajos de Ávila y Moreno-Rosset, y Flores, Jenaro y Moreno-Rosset en este mismo número):

- 1) Reestructuración de los valores de la paternidad biológica, del autoconcepto y las secuelas del proceso de autodevaluación.
- 2) Intervención para el manejo y prevención de la ansiedad, los comportamientos depresivos y la culpabilización, normalización de la sexualidad, y el aislamiento social.
- 3) Fortalecimiento de la relación de pareja, en relación con la comunicación directa, la toma de decisiones, el apoyo emocional y la relación sexual.
- 4) Preparación para las intervenciones médicas a las que han de hacer frente y sus consecuencias (tanto durante el proceso de intervención como para el fracaso), y para una relación asertiva con los profesionales de la salud integrantes de los equipos de atención en el proceso de reproducción asistida.

Debe tenerse en cuenta que entre los objetivos de la intervención psicológica no se considera la “satisfacción del deseo de tener un hijo biológico” porque entre la tecnología de los psicólogos no se encuentra ningún instrumento ni estrategia que lleve directamente a un aumento de la probabilidad de concebir. Hasta el momento presente, no está claramente demostrado ni que la variable ansiedad sea determinante para el resultado de la intervención reproductiva (Anderheim, Holter, Bergh and Möller, 2005; Mumford, 2004), ni que los programas de intervención psicológica logren aumentar significativamente las tasas de concepción (Boivin, 2003, Guerra, 2007).

Afortunadamente, desde la Psicología de la Reproducción (Moreno-Rosset, 2004; Moreno-Rosset, Antequera, Jenaro y Gómez, 2008) ya se dispone de estrategias y programas de intervención que, en mayor o menor medida, abordan los objetivos preferentes señalados y que suponen un gran avance en la ayuda para restablecer el bienestar psicológico a las parejas con problemas de infertilidad que lo necesitan (Domar, Clapp, Slawsby, Kessel, Orav, y Freizinger, 2000; Gutiérrez, 2007; Llavona y Mora, 2003; Moreno-Rosset, 2005; Tuschen-Caffier, Florin, Krausee y Pook, 1999).

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que si se quiere enfrentar el problema de la infertilidad en los países en desarrollo deben diseñarse, además, programas que incluyan recursos en nivel de comunidad e intervenciones basadas en la comunidad para que se puedan desmitificar las causas de la infertilidad y dar a conocer por qué se produce y cómo se puede tratar mejor (Papreen et al, 2000).

REFERENCIAS

- Abbey, A., Andrews, F.M. y Halman, L.J. (1992). Infertility and subjective well-being: The mediating roles of self-esteem, internal control and interpersonal conflict. *Journal of Marriage and The Family*, 54, 408-417.
- Abbey, A., Andrews, F.M. y Halman, L.J. (1994). Psychosocial predictors of life quality. How are they affected by infertility, gender, and parenthood?. *Journal of Family Issues*, 15, 253-271.
- Anderheim, L., Holter, H. Bergh, C. y Möller, A. (2005). Does psychological stress affect the outcome of in vitro fertilization?. *Human Reproduction*, 20, (10) 2969-2975.
- Ávila, A. (1993). Estrés y procesos psicológicos en la infertilidad humana. En J. Buendía (Ed.), *Estrés y psicopatología* (pp.181-200). Madrid: Pirámide.
- Benazon, N., Wright, J., y Sabourin, S. (1992). Stress, sexual satisfaction, and marital adjustment in infertile couples. *Journal of Sex and Marital Therapy*, 18, 273-284.
- Boivin, J. (2002). Who is likely to need counselling?. *ESHRE Monographs: Guidelines for Counselling in Infertility*, 2002 (1) 9-10.
- Boivin, J. (2003). A review of psychosocial interventions in infertility. *Social Science Medicine*, 57, 2325-2341.
- Boivin, J. y Takefman, J.E. (1996). Impact of the in-vitro fertilization process on emotional, physical and relational variables. *Human Reproduction*, 11, 903-907.
- Bromham, D.R., Bryce, F.C. y Balmer, B. (1989). Psychometric evaluation of infertile couples (preliminary findings). *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, 7, 195-202.
- Burns, L.H. y Covington, S.H. (1999). Psychology of Infertility. En L.H. Burns y S.H. Covington (Eds.), *Infertility Counselling. A Comprehensive Handbook for Clinicians* (pp. 3-25). New Cork: Parthenon.
- Cada año nacen 7000 niños por técnicas de reproducción asistida en España. (2007, 29 de marzo). *El País*, p. 30.
- Carmeli, Y.S. y Birenbaum-Carmeli, D. (1994). The predicament of masculinity: Towards understanding the experience of infertility treatments. *Sex Roles*, 30, 663-677.
- Carter, B. y McGoldrick, M. (1999). *The expanded Family Life Cycle. Individual, Family and Social Perspectives*. Needham: Allyn and Bacon.
- Castro, C., Borrás, C., Pérez-Pareja, J. y Palmer, A. (2001). Respuestas emocionales en mujeres que se encuentran en tratamiento de reproducción asistida. *An-siedad y Estrés*, 7 (2-3) 283-291.
- Daniluk, J. (2001). If we had it do over again... Couples reflections on their experiences of infertility treatments. *Family Journal: counseling and Therapy for Couples and Families*, 9, 122-133.
- Deveraux, L.L y Hammerman, A.J. (1998). *Infertility and Identity*. San Francisco, Jossey-Bass.
- Domar, A., Clapp, D. Slawsby, E., Kessel, B., Orav, J. y Freizinger, M. (2000). The impact of group psychological interventions on distress in infertile women. *Health Psychology*, 19, 568-575.
- Dunkel-Schetter, C. Y Lobel, M. (1991) Psychological reactions to infertility. En Stanton, A.L. y Dunkel-Schetter, C. (Eds.), *Infertility: Perspectives from Stress and Coping Research* (pp.29-57). New York: Plenum Press.
- Dunkel-Schetter, Ch. y Stanton, A.L. (1991). Psychological adjustment to infertility: future directions in research and application. En A.L. Stanton y Ch. Dunkel-Schetter (Eds.), *Infertility. Perspectives from Stress and Coping Research* (pp.197-222). New York: Plenum.
- Dyer, S.J., Abrahams, N., Mokoena, N.E., Lombard, C.J. y van der Spuy, Z.M. (2005). Psychological distress among women suffering from couple infertility in South Africa: a quantitative assessment. *Human Reproduction*, 20 (7), 1938-1943.
- Edelmann, R.J., Humphrey, M. y Owens, D. (1994). The meaning of parenthood and couples, reactions to male infertility. *British Journal of Medical Psychology*, 67, 291-299.
- Fido, A. y Zahid, M.A. (2004). Coping with infertility among Kuwaiti women: cultural perspectives. *International Journal of Social Psychiatry*, 50 (4) 294-300.
- Forrest, L. y Gilbert, M.S. (1992). Infertility: An unanticipated and prolonged life crisis. *Journal of Mental Health Counseling*, 14, 42-58.
- Gerrits, T. (1997). Social and cultural aspects of infertility in Mozambique. *Patient Education and Counseling*, 31, 39-48.
- Gerrity, D. (2001). A biopsychosocial theory of infertility. *Family Journal*, 9 (2), 151-158.
- Greil, A.L. (1997). Infertility and psychological distress: a critical review of the literature. *Social Science and Medicine*, 45, 1679-1704.
- Greil, A.L., Leitko, T.A. y Porter, K.L. (1988). Infertility: his and hers. *Gender and Society*, 2, 172-199.

- Guerra, D. (1998). *Cómo afrontar la infertilidad*. Barcelona: Planeta.
- Guerra, D. (2007). Por qué unas guías de consejo, apoyo e intervención psicológica al paciente en medicina reproductiva asistida. Guías de evaluación, consejo, apoyo e intervención psicológica en reproducción asistida. *Revista Iberoamericana de Fertilidad*, Número monográfico. 3-9.
- Gutiérrez, K. (2007). Intervención Psicológica grupal en Reproducción Humana Asistida. Guías de evaluación, consejo, apoyo e intervención psicológica en reproducción asistida. *Revista Iberoamericana de Fertilidad*, Número monográfico. 47-54.
- Hjelmstedt, A. (2003). *In Vitro Fertilization – Emotional reactions to treatment, pregnancy and parenthood*. Stockholm: Carolinska University Press.
- Ireland, M.S. (1993). *Reconceiving women: separating motherhood from female identity*. New York: Guilford.
- Kentenich, H. (2002). Introduction. *ESHRE Monographs: Guidelines for Counselling in Infertility*, 2002 (1) 1-3.
- Lalos, A. (1999). Breaking bad news concerning fertility. *Human Reproduction*, 14 (3), 581–585.
- Lee, T.Y., y Sun, G.H. (2000). Psychosocial response of Chinese infertile husbands and wives. *Archives of Andrology*, 45 (3), 143-8.
- Lee, T.Y., Sun, G.H. y Chao, S.C. (2001). The effect of an infertility diagnosis on the distress, marital and sexual satisfaction between husbands and wives in Taiwan. *Human reproduction*, 16 (8), 1762-1767.
- Leiblum, S. (Ed.) (1997). *Infertility. Psychological issues and counseling strategies*. New York: John Wiley & Sons.
- Leiblum, S.R. y Greenfield, D.A. (1997). The course of infertility: immediate and long-term reactions. En S. Leiblum (Ed.), *Infertility: Psychological Issues and Counseling Strategies* (pp. 83-102). New York: John Wiley & Sons.
- Llavona L. y Mora, R. (2002). La infertilidad: algo más que un problema biológico. *Jano*, 63, (1453), 90-93.
- Llavona, L. y Mora, R. (2003). Atención psicológica a las parejas infértiles en tratamiento de reproducción asistida. En J.M. Ortigosa; M.J. Quiles y F.X. Méndez (Eds.), *Manual de Psicología de la Salud con Niños, Adolescentes y Familia* (287-304). Madrid: Pirámide.
- Link, P.W. y Darling, C.A. (1986). Couples undergoing treatment for infertility: Dimensions of life satisfaction. *Journal of Sex and Marital Therapy*, 12, 46-59.
- Menning, B. E. (1977). *Infertility: A guide for the childless couple*. Englewood Cliffs: Prentice Hall.
- Menning, B.E. (1980) The emotional needs of infertile couples. *Fertility & Sterility*, 34, 313–319.
- Miall, C.E. (1994). Community constructs of involuntary childlessness: Sympathy, stigma, and social support. *Canadian Review of Sociology & Anthropology*, 31, 392-421.
- Möller, A. y Fällström, K. (1991). Psychological consequences of infertility: a longitudinal study. *Journal of Psychosomatic Obstetrics & Gynecology*, 12, 27-44.
- Mora, R. (2005). *Análisis psicológico de las parejas con problemas de infertilidad*. Tesis Doctoral. Madrid: Universidad Complutense.
- Moreno, A., Guerra, D., Baccio, G., Jiménez, V., Dolz, P., Tirado, M. et al. (2007). Guías de evaluación, consejo, apoyo e intervención psicológica en reproducción asistida. *Revista Iberoamericana de Fertilidad*, Número monográfico.
- Moreno, A. y Guerra, D. (2007). Procesos emocionales en pacientes sometidos a técnicas de reproducción asistida. Guías de evaluación, consejo, apoyo e intervención psicológica en reproducción asistida. *Revista Iberoamericana de Fertilidad*, Número monográfico, 11-17.
- Moreno-Rosset, C. (Dir.) (2000a). *Factores psicológicos de la infertilidad*. Madrid: Sanz y Torres.
- Moreno-Rosset, C. (2000b). Ansiedad y depresión: Principales trastornos asociados a la infertilidad. *Información Psicológica*, 73, 12-19.
- Moreno-Rosset, C. (2004). *La Psicología de la Reproducción: Una Subdisciplina de la Psicología de la Salud*. ASEBIR. Asociación para el estudio de la biología de la reproducción, 9 (2) 6-8.
- Moreno-Rosset C. (2005). *Guía para la paciente. Apoyo Psicológico en Reproducción Asistida*. Proyecto I+D+I La infertilidad en la mujer: aspectos psicosociales y neurobiológicos. Expte. 28/03. Madrid: Registro de la propiedad intelectual de la Guía (31 páginas): M-002424/2005. Registro de la propiedad intelectual del guión del CD de relajación (20 minutos): M-002420/2005, 2005.
- Moreno-Rosset, C., Antequera, R., Jenaro, C. y Gómez, Y. (2008). *La Psicología de la Reproducción: la necesidad del psicólogo en las Unidades de Reproducción Humana*. Clínica y Salud (en prensa).
- Moreno-Rosset, C. y Martín, M.D. (2008). *La ansiedad en parejas fértiles e infértiles*. Ansiedad y Estrés, 14 (en prensa).

- Morrow, K.A., Thoreson, R.W. y Penny, L.L. (1995). Predictors of psychological distress among infertility clinic patients. *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 63, 163-167.
- Mumford, K.R. (2004). *The Stress Response, Psychoeducational Interventions and Assisted Reproduction Technology Treatment Outcomes: A Meta-Analytic Review*. Dissertation for the degree of Doctor of Philosophy. University of South Florida.
- Oddens, B.J., den Tonkelaar, I. y Nieuwenhuyse, H. (1999). Psychosocial experiences in women facing fertility problems: a comparative survey. *Human Reproduction*, 14 (1) 255-261.
- Ozcon, M. y Baysac, B. (2006). Emotional distress of infertile women in Turkey. *Clinical and Experimental Obstetrics and Gynecology*, 33 (1), 44-46.
- Papreen, N., Sharma, A. Sabin, K., Begum, L., Ahsan, S.K. y Baqui, A.H. (2000). Living with infertility: experiences among Urban slum populations in Bangladesh. *International Journal of Social Psychiatry*, 8 (15), 33-44.
- Tuschen-Caffier, C.B., Florin, I., Krause, W. y Pook, M. (1999). Cognitive-Behavioral Therapy for Idiopathic Infertile Couples. *Psychotherapy and Psychosomatics*, 68, 15-21.
- U.S. Congreso (1988). *Infertility: Medical and Social Choices*. Office of Technology Assessment: OTA-BA-358, Washington.
- Valentine, D.P. (1986). Psychological impact of infertility: Identifying issues and needs. *Social Work in Health Care*, 11, 61-69.
- van Balen, F. y Gerrits, T. (2001). Quality of infertility care in poor-resource areas and the introduction of new reproductive technologies. *Human Reproduction*, 16, 215-219.
- van Balen, F. y Trimbos-Kemper, T. (1993). Long-term infertile couples: a study of their well-being. *Journal of Psychosomatic Obstetrics & Gynecology*, 14, 53-60.
- van Balen, F., Verdurmen, J. y Ketting, E. (1997). Choices and motivations of infertile couples. *Patient Education and Counseling*, 31, 19-27.
- Verhaak, C.M., Smeenk, J.M., Evers, A.W., Kremer, J.A., Kraaijmaat, F.W. y Braat, D.D. (2007). Women's emotional adjustment to IVF: a systematic review of 25 years of research. *Human Reproduction Update*, 13 (1), 27-36.
- Whiteford, L.M. y Gonzalez, L. (1995). Stigma: The hidden burden of infertility. *Social Science Medicine*, 40, 27-36.
- WHO (1993). *Manual for standardized investigation and diagnosis of the infertile couple*. Melbourne: Cambridge University Press.
- Williams, M.E. (1997). Toward greater understanding of the psychological effects of infertility on women. *Psychotherapy in Private Practice*, 16, 7-26.
- Wirtberg, I., Möller, A., Hogström, L., Tronstad, S-E. y Lalos, A. (2007). Life 20 years after unsuccessful infertility treatment. *Human Reproduction*, 22 (2), 598-604.
- Wischmann, T., Stammer, H., Scherg, H., Gerhard, I. y Verres, R. (2001). Psychosocial characteristics of infertile couples: a study by the "Heidelberg Fertility Consultation Service". *Human Reproduction*, 16 (8), 1753-1761.
- Wright, J., Allard, M., Lecours, A. y Sabouring, St. (1989). Psychosocial distress and infertility: a review of controlled research. *International Journal of Fertility*, 34, 126-142.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA CAS.
Nº 563-2011
LIMA**

Lima, seis de diciembre de dos mil once.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número quinientos sesenta y tres – dos mil once, en audiencia pública de la fecha; de conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo y producida la votación de acuerdo a ley, se emite la siguiente sentencia:

1. MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación de fojas seiscientos sesenta y tres interpuesto por la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz, contra la sentencia de vista de fojas mil ochocientos noventa y dos, de fecha treinta de noviembre de dos mil diez, que confirma la apelada de fecha quince de abril del año dos mil diez, que declara fundada la demanda de adopción por excepción incoada a fojas noventa subsanada a fojas ciento seis; declara a la menor Vittoria Palomino Castro, hija de don Giovanni Sansone y de doña Dina Felicitas Palomino Quicaño, nacida el veintiséis de diciembre de dos mil seis en el Distrito de San Borja, en los seguidos por Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone con Isabel Zenaida Castro Muñoz sobre adopción de menor.

2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Esta Sala mediante resolución de fecha seis de julio del año dos mil once, declaró **procedente** el recurso de casación, por causal de infracción normativa sustantiva de los artículos 115 y 128 inciso b) del Código de los Niños y Adolescentes; 378 inciso 1) y 5) y 381 del Código Civil.

3. CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que, la adopción es aquella institución por la cual el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea, siendo requisito que el adoptante goce de solvencia moral, que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar, que concorra el asentimiento de su cónyuge, que

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA CAS.
Nº 563-2011
LIMA**

asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela; y encontrándonos ante un proceso de adopción por excepción se requiere adicionalmente que el adoptante posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción, conforme a lo establecido en el inciso “b” del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes, sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente (como si ocurre en los otros casos regulados en el mismo Código).-----

SEGUNDO.- Que, la adopción por excepción es una institución que lleva este nombre por cuanto, dentro del sistema de adopciones que contiene el Código del Niño y el Adolescente, en el Libro III, Título II, Capítulo I se establece un proceso administrativo de adopción, donde previamente se declara el estado de abandono (artículo 248 del Código del Niño y el Adolescente); este proceso se desarrolla para todos los niños que no cuentan con parientes que se hagan cargo de ellos o se impone como medida de protección para los Niños (as) y Adolescentes que cometan infracción a la ley penal; sin embargo existen otros niños (as), y adolescentes que no obstante tenerlos por circunstancia excepcionales, pueden ser adoptados por otras personas pero manteniendo un enlace familiar, ante lo cual el proceso será judicial. Institución que se encuentra plagada por la protección dada al niño (a) o adolescente, pues con ella se busca proteger su derecho a la identidad (artículo 6 del Código del Niño y el Adolescente) y a vivir en una familia (artículo 8 del Código del Niño y el Adolescente).-----

TERCERO.- Que a fin de establecer si en el caso de autos, se ha incurrido en la infracción normativa, es necesario efectuar un análisis de lo acontecido en el proceso: **i) Por demanda** de fojas noventa subsanada a fojas ciento seis, doña Dina Felicitas Palomino Quicaño y don Giovanni Sansone, interponen demanda de adopción civil por excepción de la niña Vittoria Palomino Castro, nacida el veintiséis de diciembre de dos mil seis, arguyendo como fundamentos de hecho de la demanda que la niña cuya adopción solicitan, es hija de don Paúl Frank Palomino Cordero, quien a su vez es hijo de José

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA CAS.
Nº 563-2011
LIMA**

Palomino Quicaño, hermano de la co demandante Dina Felicita Palomino Quicaño, por lo que invocan el supuesto normativo a que se contrae el inciso “b)” del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes. Agregan, que a la niña la tienen en su poder desde el dos de enero de dos mil siete, fecha en que los padres biológicos la entregaron provisionalmente. **ii)** los demandados **contestan** la demanda a fojas ciento veintidós y ciento treinta y dos, precisando que se allanan y reconocen la demanda en lo términos que allí constan; **iii)** tramitado el proceso conforme a su naturaleza, el juez expidió **sentencia** declarando fundada la demanda, sustentada en los siguientes argumentos: **a)** con el acta de nacimiento de fojas veintiuno se encontraba acreditado el nacimiento de la niña Vittoria Palomino Castro, siendo su madre biológica dona Isabel Zenaida Castro Munoz, figurando como padre biológico don Paúl Frank Palomino Cordero, habiendo sido reconocida por ambos emplazados, motivo por el cual dicha partida es medio probatorio de la filiación conforme al artículo 387 del Código Civil; **b)** que, si bien es cierto, de los resultados de la prueba de ADN de fojas mil treinta seis se desprende que el demandado Paúl Frank Palomino Cordero no es padre biológico de la menor, sino el propio demandante Giovanni Sansone, lo es también que el acta de nacimiento de la menor que obra a fojas veintiuno, constituye documento público que mantiene su eficacia jurídica al no haberse presentado en autos sentencia judicial firme que declare su nulidad, en virtud de lo dispuesto por el artículo 58 de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – Ley 26497, que establece que *“las constancias de inscripción emitidas por el Registro Nacional de Identificación y estado civil, serán consideradas instrumentos públicos y probarán fehacientemente los hechos a que se refieran, salvo que se declare judicialmente su nulidad de dicho documento”*; **c)** que, mediante escritos de fojas doscientos veintiuno, doscientos cincuenta y cuatro, doscientos setenta y uno y trescientos catorce la codemandada Isabel Zenaida Castro Muñoz se desiste del proceso de adopción, sin embargo éste se tuvo por no presentado pues luego que fue requerida por el Juzgado a fin que precise el acto procesal materia de desistimiento, realizó subsanación

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA CAS.
Nº 563-2011
LIMA**

defectuosa, resolución que no fue impugnada oportunamente; **e)** no obstante ante la duda del asentimiento o no de la madre biológica, se tuvo en cuenta el principio del Interés Superior del Niño y el respeto de sus derechos, por tanto, al encontrarse en oposición el derecho de la madre de prestar su asentimiento en un proceso de adopción y el derecho de la niña a tener una familia, y, por ende, continuar siendo parte de la que conforma desde su nacimiento con los demandantes, consideró que debía preferirse el derecho de esta última a tener una familia, cuya salud física, solvencia moral de los pre adoptantes, estaba acreditada; **iv)** la Sala Superior **confirmó la sentencia** que declaró fundada la demanda, mediante sentencia de fecha treinta de noviembre del año dos mil diez, sustentándola en los siguientes argumentos: **a)** que, los demandados Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz figuran formal y legalmente como progenitores de la niña Vittoria Palomino Castro y ellos voluntariamente la entregaron a los pre-adoptantes a los días de nacida, renunciando y desentendiéndose de este modo y por completo de las responsabilidades que como madre y padre tenían con su hija; **b)** ha quedado demostrado con los informes sociales y psicológicos que la niña se encuentra plenamente identificada con el entorno familiar constituido por los pre - adoptantes, al vivir con ellos desde los primeros días de su existencia; **c)** que, si bien mediante la prueba de ADN se ha establecido que el progenitor de la niña es el demandante Giovanni Sansone, confluyendo en su persona una doble calidad como padre biológico y como pre -adoptante, no es menos cierto que por esta vía o por acción posterior el reconocimiento de su situación legal de padre será resuelta a su favor, por lo que no existe razón alguna para mantener en la incertidumbre la existencia de dicha relación paterno filial, y, por ende, impedir que la niña goce de la filiación paterna a que tiene derecho y cuya naturaleza u origen no podrá ser mencionada en documento alguno; **d)** se señala que la madre biológica en total acuerdo con su conviviente, procreó a la niña, aceptando ser inseminada artificialmente por persona distinta a su pareja por el vínculo que existía y con la intención de mejorar su situación para viajar a Italia con su familia, lo que dista de la lógica de una maternidad

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA CAS.
Nº 563-2011
LIMA**

responsable respecto del hijo que iba a engendrar, lo que revela en los demandados su intencionalidad en la concepción de un ser humano con fines distintos a la maternidad o paternidad, razón por la cual el Colegiado se aparta del previsión legal contenida en el artículo 378 inciso 5) del Código Civil referente al asentimiento de los padres para la adopción, privilegiándose el derecho fundamental de la niña a permanecer con la familia que le ha brindado protección, atención y cariño frente al derecho de la patria potestad de un padre y una madre que desde su concepción y posterior nacimiento actuaron desvalorizando la condición humana de la niña.-----

CUARTO.- Que, la recurrente en su agravio denuncia: **i) la infracción normativa sustantiva del artículo 115 del Código de los Niños y Adolescentes**¹; precisando que no procede la adopción, ya que el padre biológico de la menor, Giovanni Sansone, sabe que solicitó la reproducción asistida en la Clínica Miraflores, que la niña Vittoria Palomino Castro es su hija biológica y legal, por tanto no procede esta figura de la adopción entre padres biológicos; **ii) la infracción normativa sustantiva del artículo 128 inciso b del Código de los Niños y Adolescentes**²; sosteniendo que se afirma que la accionante, es tía del padre demandado, y por ende, también pariente de la niña a ser adoptada, sin embargo la presunta tía demandante Dina Felicitas Palomino Quicaño, no guarda ningún parentesco consanguíneo o de afinidad con Vittoria Palomino Castro, al no ser Paúl Frank Palomino Cordero su verdadero padre, esto es, no ser su padre biológico; por lo que, al no tener Dina Felicitas Palomino Quicaño,

¹ **Artículo 115.- Concepto.-**

La Adopción es una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

² **Artículo 128.- Excepciones.-**

En vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de adopción ante el Juez especializado, inclusive sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente, los peticionarios siguientes:
(...) b) El que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción; y
(...)

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA CAS.
Nº 563-2011
LIMA**

ningún parentesco con la menor, no puede darse la demanda de adopción por excepción; **iii) la infracción normativa sustantiva del artículo 378 inciso 1) y 5) del Código Civil**³; arguye que para que proceda la adopción se requiere que los adoptantes gocen de solvencia moral y que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad; sin embargo los pre- adoptantes no gozan de solvencia moral para adoptar a su menor hija, pues a lo largo del proceso han mentido no solo al juzgador sino a los recurrentes, a fin de engañarlos y quedarse con su hija. Hechos que no han sido tomados en cuenta al momento de sentenciar; **y iv) la infracción normativa sustantiva del artículo 381 del Código Civil**⁴; sustentan que si no fuera porque los recurrentes en las audiencias de autos, manifestaron que Giovanni Sansone era el padre biológico de la menor Vittoria Palomino Castro, nunca se hubiera sabido la verdad, por tanto, siempre se han conducido con la verdad al contrario de los demandantes quienes los engañaron y estafaron a los jueces a fin de tener un derecho que no les corresponde.-----

QUINTO.- Que, al respecto se debe precisar previamente que, encontrándonos ante un proceso en el que se encuentran involucrados derechos fundamentales de una niña, corresponde aplicar el derecho bajo estricta sujeción del Interés Superior del Niño y el Adolescente, consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, según el cual *“En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.”*,

³ **Artículo 378.- Para la adopción se requiere:**

1.- Que el adoptante goce de solvencia moral.

(...)

5.- Que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela.

(...)

⁴ **Artículo 381.-** La adopción no puede hacerse bajo modalidad alguna.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA CAS.
Nº 563-2011
LIMA**

principio que guarda relación con la Constitución Política del Perú que asumiendo el principio protector del niño y del adolescente ha señalado en su artículo 4 que *la comunidad y el estado protegen especialmente al niño y al adolescente*; asimismo se encuentra consagrado en la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos de las que somos Estado parte; y cuenta con legislación supranacional que regula los derechos del niño en el mismo sentido otorgándole un tratamiento especial, las que también constituyen fuente de regulación en el tratamiento de protección a los niños y adolescentes; tales como la *Declaración Universal de Derechos Humanos* que en su artículo 25 reconoce el principio de protección especial al señalar que la infancia tiene derecho a cuidados especiales; asimismo la *Declaración Americana sobre Derechos Humanos* que ha reconocido en su artículo 19 que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, la sociedad y el Estado.--

SEXTO.- Que, debe entenderse por Interés Superior del Niño como la plena satisfacción de sus derechos, la protección integral y simultánea de su desarrollo integral y la calidad o nivel de vida adecuado (artículo 27.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños) el cual nos trae como consecuencia que, en virtud del mismo, los derechos del niño y la niña deban ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección de los mismos; pues el mismo permite resolver “conflicto de derechos” recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto, luego de haberse establecido la imposibilidad de satisfacción conjunta; siendo los dos parámetros que enmarcarán el presente pronunciamiento.-----

SÉTIMO.- Que, asimismo el Tribunal Constitucional mediante la sentencia expedida en el expediente 02079-2009-PHC/TC, al interpretar los alcances del principio del interés superior del niño y del adolescente, así como el presupuesto de interpretación constitucional; en su fundamento trece ha interpretado: “(. . .) *el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no solo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier*

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA CAS.
Nº 563-2011
LIMA**

medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, éste debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente. En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos...”.-----

OCTAVO.- Que, bajo estas premisas y atendiendo el Interés Superior del Niño y Adolescente se encuentra acreditado que: **i)** los demandantes y los demandados, acordaron que Isabel Zenaida Castro Muñoz y Giovanni Sansone se sometan a un proceso de fecundación asistida a fin de procrear a la menor Vittoria Palomino Castro, para que luego ésta sea entregada a los demandantes, lo que se concretó; **ii)** la menor Vittoria Palomino Castro nació el veintiséis de diciembre de dos mil seis según consta en el acta de nacimiento de fojas veintiuno, donde los demandados Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz constan como padres y declarantes; **iii)** la menor Vittoria Palomino Castro fue entregada por sus padres a los pre adoptantes demandantes el cuatro de enero del año dos mil siete, cuando contaba con nueve días de vida, según consta en el acta de entrega de fojas veintidós, **iv)** la menor se encuentra bajo el cuidado de los demandantes desde el cuatro de enero de dos mil siete ininterrumpidamente; **v)** los demandados luego de haber entregado a su menor hija, manifiestan su disconformidad con el proceso de adopción iniciado, por lo que no se cumpliría con el requisito estipulado por el inciso 5) del artículo 378 del Código Civil; **vi)** el demandante Giovanni

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA CAS.
Nº 563-2011
LIMA**

Sansone, según la prueba de ADN de fojas mil treinta y seis, es el padre biológico de la niña Vittoria Palomino Castro; **vii)** al no ser padre de la menor, el demandado don Paúl Frank Palomino Cordero, no existiría vínculo de parentesco consanguíneo entre la niña y la demandante Dina Felicitas Palomino Quicaño; **viii)** los demandados no cuentan con informes del equipo multidisciplinario que le sean favorables, por el contrario, tenemos que: **a)** el informe social N° 016-2008-EM-SS-AT que en sus conclusiones señala: *“los demandados integran un hogar convivencial, procrearon tres hijos, una hija cursa la educación primaria, un hijo la educación inicial y la última hija es la menor pre adoptada. Los Sres. Palomino Castro entregaron de propia voluntad a los demandantes a fin de asumir su crianza, al parecer por no contar con los recursos económicos suficientes”; b)* el informe psicológico N° 1567-2008-MCF-PSI practicado a la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz que en sus resultados – último párrafo – señala: *“se aprecia que la señora accedió a dar a su hija en adopción motivada en la situación crítica en que estaba atravesando, reconoce que en determinados momentos siente remordimiento porque su hija mayor se afectó por entregar a su bebe en adopción. Asimismo se aprecia que la relación afectiva que le une a su menor hija no es sólida, dado que no tiene recuerdos compartidos con ella para que la añore; por eso cuando habla de brindar a sus hijos lo mejor, sólo se refiere a sus dos hijos mayores; y c)* El contenido del Informe Psicológico N° 1568-2008-MCF-EM-PSI practicado al demandado Paúl Frank Palomino Cordero que en sus resultados – en el último párrafo – señala *“se aprecia que el señor se encuentra resignado a ceder a su hija en adopción, porque considera que no tiene otra alternativa, se reconforta al saber que la persona que la criará es su tía; vi)* Los demandantes cuentan con informes psicológico y social favorables, los mismos que fueron realizados con visitas inopinadas, según consta a fojas mil veintinueve y quinientos setenta cinco respectivamente.-----

NOVENO.- Que, corresponde analizar las infracciones denunciadas, así tenemos que la **primera y segunda causal** denunciadas carecen de sustento, dado que si bien es cierto, la adopción entre padres e hijos no corresponde, en

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA CAS.
Nº 563-2011
LIMA**

el caso de autos se debe considerar que si bien existe una prueba de ADN que acredita que el demandante Giovanni Sansone es padre biológico de la menor, es de tener en cuenta que la prueba legal de paternidad es el acta de nacimiento, en la cual el demandado Paúl Frank Palomino Cordero declara a la menor como su hija, por lo que el acta de nacimiento constituye documento público que mantiene su eficacia jurídica al no haberse presentado en autos sentencia judicial firme que declare su nulidad; no correspondiendo a este proceso de adopción determinar la paternidad de la menor. En consecuencia la menor legalmente es hija Paúl Frank Palomino Cordero y en consecuencia sí resulta ser sobrina de la demandante Dina Felicita Palomino Quicaño, reiterándose debiéndose precisar que nos es materia de pronunciamiento la paternidad de la menor.-----

DÉCIMO.- Que, la **tercera y cuarta causal** denunciadas no pueden ser amparadas, dado que, si bien es requisito que los padres del adoptado asientan y la adopción no puede hacerse bajo modalidad alguna, se debe resaltar que la sentencia de vista ha resuelto bajo estricta observancia del Interés Superior del Niño y del Adolescente (aludido en el cuarto y quinto considerando de la presente), dado que nos encontramos ante un “conflicto de derechos” de una parte el de los padres de la menor a ejercer su patria potestad y de la otra, el derecho de la menor a tener una familia idónea que le proporcione todo lo necesario para su desarrollo integral y a no alterar su desarrollo integral; derechos que no pueden coexistir en el caso de autos, a la luz de los hechos detallados en el octavo considerando, pues nos encontramos ante padres que premeditadamente han acordado procrear un ser humano con la finalidad de entregarlo a otras personas, para a cambio recibir beneficios, que si bien los demandados niegan que hayan sido económicos, de sus propias declaraciones se advierte que su proceder tenía por finalidad mejorar su situación y viajar a Italia con su familia, además de haber aceptado recibir dinero mensualmente durante el tiempo de gestación de la demandada y en otros casos como una “ayuda económica” quedando evidenciado que el actuar de los demandados ha estado plagado en todo momento por un interés

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA CAS.
Nº 563-2011
LIMA**

económico lo que dista totalmente de los sentimientos de padres que aluden tener.-----

UNDÉCIMO.- Que, aunado a lo antes precisado se debe considerar el deplorable accionar de los demandados, pues luego de haber suscrito la demandada de adopción conjuntamente con los demandantes, precisando *“DEMANDADOS: Solo por razones formales deben ser considerados como demandados los padres biológicos Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz...”* adjuntando, entre otros documentos, el acta de entrega provisional de menor con firma legalizada ante Notario (ver folios veintidós) donde consta que los demandados entregan a la menor a los demandantes precisándose *“con el fin que a partir de la fecha la señora Dina Felicitas Palomino Quicaño y su esposo Giovanni Sansone se constituyan en los padres adoptivos de la menor Vittoria Palomino Castro”*; y luego de haber reiterado su consentimiento de dar en adopción a su menor hija, en la audiencia única de fecha veintidós de agosto del año dos mil siete (ver folios ciento cuarenta y siete) la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz, mediante escrito de fecha diecinueve de junio de dos mil ocho (ver folios doscientos veintiuno) reiterado a fojas doscientos cincuenta y cuatro, trescientos cuarenta y nueve y quinientos sesenta y dos respectivamente, precisa que hasta antes de mostrar su desacuerdo con el presente proceso, tuvo en todo momento la voluntad de dar a su hija Vittoria en adopción al ser este el "acuerdo" asumido con los accionantes; refiriendo: "(...) todos los actores en la acción de adopción habíamos efectuado hechos fraudulentos con el fin de obtener provecho en perjuicio de mi menor hija..." (fojas doscientos cincuenta y cinco), "me desisto de todos los actos procesales en los que en forma personal he manifestado mi voluntad de dar en adopción a mi menor hija Vittoria Palomino Castro a favor de los esposos Giovanni Sanssone y Dina Felicitas Palomino Quincano (...) en contubernio con ellos cometí una serie de actos ilegales, sorprendiendo al Juzgado en agravio de mi menor hija" (fojas trescientos cuarenta y nueve); " (...) he manifestado, manifiesto y reitero que la presente acción de adopción-caso de excepción (...) es una acción fraudulenta,

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA CAS.
Nº 563-2011
LIMA**

originada desde antes de la misma, en un contrato verbal e irregular y manipulado por los demandantes (...) con el fin de procrear mediante inseminación asistida en mi vientre un hijo con el semen de don Giovanni Sansone (...)" (fojas quinientos sesenta y dos). Aunado a ello se tiene de las copias certificadas del proceso penal Nº 42961-2009 que obra de fojas mil setecientos cincuenta y dos a fojas mil ochocientos ochenta y ocho, se advierte **que paralelamente al proceso que nos ocupa, el veintiocho de setiembre del año dos mil nueve**, el Ministerio Público formalizó denuncia penal contra los demandados, por los delitos de Extorsión y Alteración del Estado Civil de un menor, habiéndose iniciado proceso penal mediante auto de apertura de instrucción de fecha veintiuno de octubre del dos mil nueve (ver folios mil setecientos noventa y tres), proceso en el que el hecho incriminado consiste en que, los demandados habrían planeado desde un inicio ofrecer su “vientre en alquiler” y practicarse una inseminación artificial con el semen del esposo de la denunciante Dina Felicitas Palomino Quicaño y a partir de ello habrían extorsionado a los ahora demandantes con cuantiosas sumas de dinero a fin de que la Demandada Isabel Zenaida no aborte el producto, extorsión que incluso se habría prolongado después del nacimiento de la menor que responde al nombre de Vittoria con la amenaza de frustrar la demanda de adopción que interpuso la parte agraviada (los demandantes) teniéndose que los denunciados habría recibido un total de diecinueve mil ochocientos dólares americanos; asimismo se advierte de dichas copias, que con fecha quince de abril de dos mil diez se realizó la diligencia de confrontación entre Isabel Zenaida Castro Muñoz y Dina Felicitas Palomino Quicaño de la cual trasciende que la segunda de las nombradas, entregó diversas sumas de dinero a la primera, manifestando cada una diferentes montos y motivos respecto de dichas entregas. Así, mientras la preadoptante señaló que lo hizo por cuanto la demandada la amenazó con abortar, esta última indica que recibió el dinero como ayuda económica. Igualmente, al ser preguntada Isabel Castro sobre los motivos de la inseminación, respondió: *“debo manifestar que fueron por dos*

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA CAS.
Nº 563-2011
LIMA**

*motivos, uno por el vínculo familiar que existía, así también acepté con la intención de **mejorar mi situación y viajar a Italia con mi familia**".-----*

DUODÉCIMO.- Que, en suma, la materia de litis ha sido correctamente resuelta no habiéndose infringido norma alguna, pues debe primar el Interés Superior de la Niña, quien se encuentra viviendo con los pre adoptantes desde que contaba con nueve días de nacida, habiéndose acreditado con los informes psicológicos y sociales que la menor se encuentra viviendo en un adecuado ambiente familiar recibiendo el amor de madre de la demandante, quien pese a no tener vínculos consanguíneos con la misma le prodiga todo lo necesario para su desarrollo integral, y el amor de padre por parte del demandante quien sí es padre biológico de la menor, por lo que la carencia moral de los demandantes que alega la recurrente, no es tal justificándose el accionar de los mismos por los imperiosos deseos de ser padres, conducta que no puede ser reprochada dada la conducta que han demostrado al interior del proceso y fuera de éste con la menor; aunado a ello que la carencia moral que alegan no ha sido advertida por el equipo multidisciplinario ni la Asistente Social del Poder Judicial, quienes a fojas mil veintinueve y quinientos setenta y siete respectivamente han emitido informes favorables a la demandante; por lo que dicho argumento también carece de sustento. Teniéndose además, que los demandados han demostrado el poco valor que le dan a la vida y la deplorable manipulación que han intentado hacer con la vida de un ser indefenso que merece toda la protección de sus progenitores y la Ley; debiéndose resaltar además que ha quedado evidenciado el beneficio económico de los demandados con la aceptación de los mismos, pues en ningún momento han negado haber recibido dinero por parte de los demandados, y si bien ha precisado que entregarían a la menor para luego viajar a Italia con su familia y que recibieron dinero por ayuda económica, ante las circunstancias de los hechos dichas alegaciones carecen de coherencia y sustento. Por otro lado, estando a que la menor se encuentra viviendo con los demandantes desde que contaba con nueve días de vida en un ambiente adecuado recibiendo cuidados y amor por parte de éstos, debe primar que los

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA CAS.
Nº 563-2011
LIMA**

identifica como sus padres y arrancarla de su seno familiar a su corta edad resultaría gravemente perjudicial para su vida, además de la descalificación de los padres para ejercer su patria potestad sobre la misma, siendo además la adopción una medida de protección a la luz de los hechos detallados; por lo que en atención al Interés Superior del Niño y el Adolescente consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos de las que somos Estado parte; debe declararse infundado el recurso.-----

4.- DECISIÓN:

Por tales consideraciones expuestas y estando a la facultad conferida por artículo 397 del Código Procesal Civil; declararon:

a) INFUNDADO el recurso de casación de fojas mil novecientos noventa y siete, interpuesto por Isabel Zenaida Castro Muñoz; en consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas mil ochocientos noventa dos su fecha treinta de noviembre del dos mil diez que declara fundada la demanda.

b) DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone con Isabel Zenaida Castro Muñoz y otro, sobre adopción de menor; intervino como ponente, el Juez Supremo señor Ponce De Mier.-

SS.

DE VALDIVIA CANO

HUAMANI LLAMAS

PONCE DE MIER

VINATEA MEDINA

CASTAÑEDA SERRANO

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA CAS.
Nº 563-2011
LIMA**

Lima, seis de diciembre de dos mil once.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número quinientos sesenta y tres – dos mil once, en audiencia pública de la fecha; de conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo y producida la votación de acuerdo a ley, se emite la siguiente sentencia:

1. MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación de fojas seiscientos sesenta y tres interpuesto por la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz, contra la sentencia de vista de fojas mil ochocientos noventa y dos, de fecha treinta de noviembre de dos mil diez, que confirma la apelada de fecha quince de abril del año dos mil diez, que declara fundada la demanda de adopción por excepción incoada a fojas noventa subsanada a fojas ciento seis; declara a la menor Vittoria Palomino Castro, hija de don Giovanni Sansone y de doña Dina Felicitas Palomino Quicaño, nacida el veintiséis de diciembre de dos mil seis en el Distrito de San Borja, en los seguidos por Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone con Isabel Zenaida Castro Muñoz sobre adopción de menor.

2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Esta Sala mediante resolución de fecha seis de julio del año dos mil once, declaró **procedente** el recurso de casación, por causal de infracción normativa sustantiva de los artículos 115 y 128 inciso b) del Código de los Niños y Adolescentes; 378 inciso 1) y 5) y 381 del Código Civil.

3. CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que, la adopción es aquella institución por la cual el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea, siendo requisito que el adoptante goce de solvencia moral, que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar, que concorra el asentimiento de su cónyuge, que

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA CAS.
Nº 563-2011
LIMA**

asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela; y encontrándonos ante un proceso de adopción por excepción se requiere adicionalmente que el adoptante posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción, conforme a lo establecido en el inciso “b” del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes, sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente (como si ocurre en los otros casos regulados en el mismo Código).-----

SEGUNDO.- Que, la adopción por excepción es una institución que lleva este nombre por cuanto, dentro del sistema de adopciones que contiene el Código del Niño y el Adolescente, en el Libro III, Título II, Capítulo I se establece un proceso administrativo de adopción, donde previamente se declara el estado de abandono (artículo 248 del Código del Niño y el Adolescente); este proceso se desarrolla para todos los niños que no cuentan con parientes que se hagan cargo de ellos o se impone como medida de protección para los Niños (as) y Adolescentes que cometan infracción a la ley penal; sin embargo existen otros niños (as), y adolescentes que no obstante tenerlos por circunstancia excepcionales, pueden ser adoptados por otras personas pero manteniendo un enlace familiar, ante lo cual el proceso será judicial. Institución que se encuentra plagada por la protección dada al niño (a) o adolescente, pues con ella se busca proteger su derecho a la identidad (artículo 6 del Código del Niño y el Adolescente) y a vivir en una familia (artículo 8 del Código del Niño y el Adolescente).-----

TERCERO.- Que a fin de establecer si en el caso de autos, se ha incurrido en la infracción normativa, es necesario efectuar un análisis de lo acontecido en el proceso: **i)** Por **demanda** de fojas noventa subsanada a fojas ciento seis, doña Dina Felicitas Palomino Quicaño y don Giovanni Sansone, interponen demanda de adopción civil por excepción de la niña Vittoria Palomino Castro, nacida el veintiséis de diciembre de dos mil seis, arguyendo como fundamentos de hecho de la demanda que la niña cuya adopción solicitan, es hija de don Paúl Frank Palomino Cordero, quien a su vez es hijo de José

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA CAS.
Nº 563-2011
LIMA**

Palomino Quicaño, hermano de la co demandante Dina Felicita Palomino Quicaño, por lo que invocan el supuesto normativo a que se contrae el inciso “b)” del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes. Agregan, que a la niña la tienen en su poder desde el dos de enero de dos mil siete, fecha en que los padres biológicos la entregaron provisionalmente. **ii)** los demandados **contestan** la demanda a fojas ciento veintidós y ciento treinta y dos, precisando que se allanan y reconocen la demanda en lo términos que allí constan; **iii)** tramitado el proceso conforme a su naturaleza, el juez expidió **sentencia** declarando fundada la demanda, sustentada en los siguientes argumentos: **a)** con el acta de nacimiento de fojas veintiuno se encontraba acreditado el nacimiento de la niña Vittoria Palomino Castro, siendo su madre biológica dona Isabel Zenaida Castro Munoz, figurando como padre biológico don Paúl Frank Palomino Cordero, habiendo sido reconocida por ambos emplazados, motivo por el cual dicha partida es medio probatorio de la filiación conforme al artículo 387 del Código Civil; **b)** que, si bien es cierto, de los resultados de la prueba de ADN de fojas mil treinta seis se desprende que el demandado Paúl Frank Palomino Cordero no es padre biológico de la menor, sino el propio demandante Giovanni Sansone, lo es también que el acta de nacimiento de la menor que obra a fojas veintiuno, constituye documento público que mantiene su eficacia jurídica al no haberse presentado en autos sentencia judicial firme que declare su nulidad, en virtud de lo dispuesto por el artículo 58 de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – Ley 26497, que establece que *“las constancias de inscripción emitidas por el Registro Nacional de Identificación y estado civil, serán consideradas instrumentos públicos y probarán fehacientemente los hechos a que se refieran, salvo que se declare judicialmente su nulidad de dicho documento”*; **c)** que, mediante escritos de fojas doscientos veintiuno, doscientos cincuenta y cuatro, doscientos setenta y uno y trescientos catorce la codemandada Isabel Zenaida Castro Muñoz se desiste del proceso de adopción, sin embargo éste se tuvo por no presentado pues luego que fue requerida por el Juzgado a fin que precise el acto procesal materia de desistimiento, realizó subsanación

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA CAS.
Nº 563-2011
LIMA**

defectuosa, resolución que no fue impugnada oportunamente; **e)** no obstante ante la duda del asentimiento o no de la madre biológica, se tuvo en cuenta el principio del Interés Superior del Niño y el respeto de sus derechos, por tanto, al encontrarse en oposición el derecho de la madre de prestar su asentimiento en un proceso de adopción y el derecho de la niña a tener una familia, y, por ende, continuar siendo parte de la que conforma desde su nacimiento con los demandantes, consideró que debía preferirse el derecho de esta última a tener una familia, cuya salud física, solvencia moral de los pre adoptantes, estaba acreditada; **iv)** la Sala Superior **confirmó la sentencia** que declaró fundada la demanda, mediante sentencia de fecha treinta de noviembre del año dos mil diez, sustentándola en los siguientes argumentos: **a)** que, los demandados Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz figuran formal y legalmente como progenitores de la niña Vittoria Palomino Castro y ellos voluntariamente la entregaron a los pre-adoptantes a los días de nacida, renunciando y desentendiéndose de este modo y por completo de las responsabilidades que como madre y padre tenían con su hija; **b)** ha quedado demostrado con los informes sociales y psicológicos que la niña se encuentra plenamente identificada con el entorno familiar constituido por los pre - adoptantes, al vivir con ellos desde los primeros días de su existencia; **c)** que, si bien mediante la prueba de ADN se ha establecido que el progenitor de la niña es el demandante Giovanni Sansone, confluyendo en su persona una doble calidad como padre biológico y como pre -adoptante, no es menos cierto que por esta vía o por acción posterior el reconocimiento de su situación legal de padre será resuelta a su favor, por lo que no existe razón alguna para mantener en la incertidumbre la existencia de dicha relación paterno filial, y, por ende, impedir que la niña goce de la filiación paterna a que tiene derecho y cuya naturaleza u origen no podrá ser mencionada en documento alguno; **d)** se señala que la madre biológica en total acuerdo con su conviviente, procreó a la niña, aceptando ser inseminada artificialmente por persona distinta a su pareja por el vínculo que existía y con la intención de mejorar su situación para viajar a Italia con su familia, lo que dista de la lógica de una maternidad

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA CAS.
Nº 563-2011
LIMA**

responsable respecto del hijo que iba a engendrar, lo que revela en los demandados su intencionalidad en la concepción de un ser humano con fines distintos a la maternidad o paternidad, razón por la cual el Colegiado se aparta del previsión legal contenida en el artículo 378 inciso 5) del Código Civil referente al asentimiento de los padres para la adopción, privilegiándose el derecho fundamental de la niña a permanecer con la familia que le ha brindado protección, atención y cariño frente al derecho de la patria potestad de un padre y una madre que desde su concepción y posterior nacimiento actuaron desvalorizando la condición humana de la niña.-----

CUARTO.- Que, la recurrente en su agravio denuncia: **i) la infracción normativa sustantiva del artículo 115 del Código de los Niños y Adolescentes**¹; precisando que no procede la adopción, ya que el padre biológico de la menor, Giovanni Sansone, sabe que solicitó la reproducción asistida en la Clínica Miraflores, que la niña Vittoria Palomino Castro es su hija biológica y legal, por tanto no procede esta figura de la adopción entre padres biológicos; **ii) la infracción normativa sustantiva del artículo 128 inciso b del Código de los Niños y Adolescentes**²; sosteniendo que se afirma que la accionante, es tía del padre demandado, y por ende, también pariente de la niña a ser adoptada, sin embargo la presunta tía demandante Dina Felicitas Palomino Quicaño, no guarda ningún parentesco consanguíneo o de afinidad con Vittoria Palomino Castro, al no ser Paúl Frank Palomino Cordero su verdadero padre, esto es, no ser su padre biológico; por lo que, al no tener Dina Felicitas Palomino Quicaño,

¹ **Artículo 115.- Concepto.-**

La Adopción es una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

² **Artículo 128.- Excepciones.-**

En vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de adopción ante el Juez especializado, inclusive sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente, los peticionarios siguientes:
(...) b) El que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción; y
(...)

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA CAS.
Nº 563-2011
LIMA**

ningún parentesco con la menor, no puede darse la demanda de adopción por excepción; **iii) la infracción normativa sustantiva del artículo 378 inciso 1) y 5) del Código Civil**³; arguye que para que proceda la adopción se requiere que los adoptantes gocen de solvencia moral y que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad; sin embargo los pre- adoptantes no gozan de solvencia moral para adoptar a su menor hija, pues a lo largo del proceso han mentido no solo al juzgador sino a los recurrentes, a fin de engañarlos y quedarse con su hija. Hechos que no han sido tomados en cuenta al momento de sentenciar; **y iv) la infracción normativa sustantiva del artículo 381 del Código Civil**⁴; sustentan que si no fuera porque los recurrentes en las audiencias de autos, manifestaron que Giovanni Sansone era el padre biológico de la menor Vittoria Palomino Castro, nunca se hubiera sabido la verdad, por tanto, siempre se han conducido con la verdad al contrario de los demandantes quienes los engañaron y estafaron a los jueces a fin de tener un derecho que no les corresponde.-----

QUINTO.- Que, al respecto se debe precisar previamente que, encontrándonos ante un proceso en el que se encuentran involucrados derechos fundamentales de una niña, corresponde aplicar el derecho bajo estricta sujeción del Interés Superior del Niño y el Adolescente, consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, según el cual *“En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.”*,

³ **Artículo 378.- Para la adopción se requiere:**

1.- Que el adoptante goce de solvencia moral.

(...)

5.- Que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela.

(...)

⁴ **Artículo 381.-** La adopción no puede hacerse bajo modalidad alguna.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA CAS.
Nº 563-2011
LIMA**

principio que guarda relación con la Constitución Política del Perú que asumiendo el principio protector del niño y del adolescente ha señalado en su artículo 4 que *la comunidad y el estado protegen especialmente al niño y al adolescente*; asimismo se encuentra consagrado en la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos de las que somos Estado parte; y cuenta con legislación supranacional que regula los derechos del niño en el mismo sentido otorgándole un tratamiento especial, las que también constituyen fuente de regulación en el tratamiento de protección a los niños y adolescentes; tales como la *Declaración Universal de Derechos Humanos* que en su artículo 25 reconoce el principio de protección especial al señalar que la infancia tiene derecho a cuidados especiales; asimismo la *Declaración Americana sobre Derechos Humanos* que ha reconocido en su artículo 19 que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, la sociedad y el Estado.--

SEXTO.- Que, debe entenderse por Interés Superior del Niño como la plena satisfacción de sus derechos, la protección integral y simultánea de su desarrollo integral y la calidad o nivel de vida adecuado (artículo 27.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños) el cual nos trae como consecuencia que, en virtud del mismo, los derechos del niño y la niña deban ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección de los mismos; pues el mismo permite resolver “conflicto de derechos” recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto, luego de haberse establecido la imposibilidad de satisfacción conjunta; siendo los dos parámetros que enmarcarán el presente pronunciamiento.-----

SÉTIMO.- Que, asimismo el Tribunal Constitucional mediante la sentencia expedida en el expediente 02079-2009-PHC/TC, al interpretar los alcances del principio del interés superior del niño y del adolescente, así como el presupuesto de interpretación constitucional; en su fundamento trece ha interpretado: “(. . .) *el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no solo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier*

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA CAS.
Nº 563-2011
LIMA**

medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, éste debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente. En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos...”.-----

OCTAVO.- Que, bajo estas premisas y atendiendo el Interés Superior del Niño y Adolescente se encuentra acreditado que: **i)** los demandantes y los demandados, acordaron que Isabel Zenaida Castro Muñoz y Giovanni Sansone se sometan a un proceso de fecundación asistida a fin de procrear a la menor Vittoria Palomino Castro, para que luego ésta sea entregada a los demandantes, lo que se concretó; **ii)** la menor Vittoria Palomino Castro nació el veintiséis de diciembre de dos mil seis según consta en el acta de nacimiento de fojas veintiuno, donde los demandados Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz constan como padres y declarantes; **iii)** la menor Vittoria Palomino Castro fue entregada por sus padres a los pre adoptantes demandantes el cuatro de enero del año dos mil siete, cuando contaba con nueve días de vida, según consta en el acta de entrega de fojas veintidós, **iv)** la menor se encuentra bajo el cuidado de los demandantes desde el cuatro de enero de dos mil siete ininterrumpidamente; **v)** los demandados luego de haber entregado a su menor hija, manifiestan su disconformidad con el proceso de adopción iniciado, por lo que no se cumpliría con el requisito estipulado por el inciso 5) del artículo 378 del Código Civil; **vi)** el demandante Giovanni

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA CAS.
Nº 563-2011
LIMA**

Sansone, según la prueba de ADN de fojas mil treinta y seis, es el padre biológico de la niña Vittoria Palomino Castro; **vii)** al no ser padre de la menor, el demandado don Paúl Frank Palomino Cordero, no existiría vínculo de parentesco consanguíneo entre la niña y la demandante Dina Felicitas Palomino Quicaño; **viii)** los demandados no cuentan con informes del equipo multidisciplinario que le sean favorables, por el contrario, tenemos que: **a)** el informe social N° 016-2008-EM-SS-AT que en sus conclusiones señala: *“los demandados integran un hogar convivencial, procrearon tres hijos, una hija cursa la educación primaria, un hijo la educación inicial y la última hija es la menor pre adoptada. Los Sres. Palomino Castro entregaron de propia voluntad a los demandantes a fin de asumir su crianza, al parecer por no contar con los recursos económicos suficientes”; b)* el informe psicológico N° 1567-2008-MCF-PSI practicado a la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz que en sus resultados – último párrafo – señala: *“se aprecia que la señora accedió a dar a su hija en adopción motivada en la situación crítica en que estaba atravesando, reconoce que en determinados momentos siente remordimiento porque su hija mayor se afectó por entregar a su bebe en adopción. Asimismo se aprecia que la relación afectiva que le une a su menor hija no es sólida, dado que no tiene recuerdos compartidos con ella para que la añore; por eso cuando habla de brindar a sus hijos lo mejor, sólo se refiere a sus dos hijos mayores; y c)* El contenido del Informe Psicológico N° 1568-2008-MCF-EM-PSI practicado al demandado Paúl Frank Palomino Cordero que en sus resultados – en el último párrafo – señala *“se aprecia que el señor se encuentra resignado a ceder a su hija en adopción, porque considera que no tiene otra alternativa, se reconforta al saber que la persona que la criará es su tía; vi)* Los demandantes cuentan con informes psicológico y social favorables, los mismos que fueron realizados con visitas inopinadas, según consta a fojas mil veintinueve y quinientos setenta cinco respectivamente.-----

NOVENO.- Que, corresponde analizar las infracciones denunciadas, así tenemos que la **primera y segunda causal** denunciadas carecen de sustento, dado que si bien es cierto, la adopción entre padres e hijos no corresponde, en

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA CAS.
Nº 563-2011
LIMA**

el caso de autos se debe considerar que si bien existe una prueba de ADN que acredita que el demandante Giovanni Sansone es padre biológico de la menor, es de tener en cuenta que la prueba legal de paternidad es el acta de nacimiento, en la cual el demandado Paúl Frank Palomino Cordero declara a la menor como su hija, por lo que el acta de nacimiento constituye documento público que mantiene su eficacia jurídica al no haberse presentado en autos sentencia judicial firme que declare su nulidad; no correspondiendo a este proceso de adopción determinar la paternidad de la menor. En consecuencia la menor legalmente es hija Paúl Frank Palomino Cordero y en consecuencia sí resulta ser sobrina de la demandante Dina Felicita Palomino Quicaño, reiterándose debiéndose precisar que nos es materia de pronunciamiento la paternidad de la menor.-----

DÉCIMO.- Que, la **tercera y cuarta causal** denunciadas no pueden ser amparadas, dado que, si bien es requisito que los padres del adoptado asientan y la adopción no puede hacerse bajo modalidad alguna, se debe resaltar que la sentencia de vista ha resuelto bajo estricta observancia del Interés Superior del Niño y del Adolescente (aludido en el cuarto y quinto considerando de la presente), dado que nos encontramos ante un “conflicto de derechos” de una parte el de los padres de la menor a ejercer su patria potestad y de la otra, el derecho de la menor a tener una familia idónea que le proporcione todo lo necesario para su desarrollo integral y a no alterar su desarrollo integral; derechos que no pueden coexistir en el caso de autos, a la luz de los hechos detallados en el octavo considerando, pues nos encontramos ante padres que premeditadamente han acordado procrear un ser humano con la finalidad de entregarlo a otras personas, para a cambio recibir beneficios, que si bien los demandados niegan que hayan sido económicos, de sus propias declaraciones se advierte que su proceder tenía por finalidad mejorar su situación y viajar a Italia con su familia, además de haber aceptado recibir dinero mensualmente durante el tiempo de gestación de la demandada y en otros casos como una “ayuda económica” quedando evidenciado que el actuar de los demandados ha estado plagado en todo momento por un interés

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA CAS.
Nº 563-2011
LIMA**

económico lo que dista totalmente de los sentimientos de padres que aluden tener.-----

UNDÉCIMO.- Que, aunado a lo antes precisado se debe considerar el deplorable accionar de los demandados, pues luego de haber suscrito la demandada de adopción conjuntamente con los demandantes, precisando *“DEMANDADOS: Solo por razones formales deben ser considerados como demandados los padres biológicos Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz...”* adjuntando, entre otros documentos, el acta de entrega provisional de menor con firma legalizada ante Notario (ver folios veintidós) donde consta que los demandados entregan a la menor a los demandantes precisándose *“con el fin que a partir de la fecha la señora Dina Felicitas Palomino Quicaño y su esposo Giovanni Sansone se constituyan en los padres adoptivos de la menor Vittoria Palomino Castro”*; y luego de haber reiterado su consentimiento de dar en adopción a su menor hija, en la audiencia única de fecha veintidós de agosto del año dos mil siete (ver folios ciento cuarenta y siete) la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz, mediante escrito de fecha diecinueve de junio de dos mil ocho (ver folios doscientos veintiuno) reiterado a fojas doscientos cincuenta y cuatro, trescientos cuarenta y nueve y quinientos sesenta y dos respectivamente, precisa que hasta antes de mostrar su desacuerdo con el presente proceso, tuvo en todo momento la voluntad de dar a su hija Vittoria en adopción al ser este el "acuerdo" asumido con los accionantes; refiriendo: "(...) todos los actores en la acción de adopción habíamos efectuado hechos fraudulentos con el fin de obtener provecho en perjuicio de mi menor hija..." (fojas doscientos cincuenta y cinco), "me desisto de todos los actos procesales en los que en forma personal he manifestado mi voluntad de dar en adopción a mi menor hija Vittoria Palomino Castro a favor de los esposos Giovanni Sanssone y Dina Felicitas Palomino Quincano (...) en contubernio con ellos cometí una serie de actos ilegales, sorprendiendo al Juzgado en agravio de mi menor hija" (fojas trescientos cuarenta y nueve); " (...) he manifestado, manifiesto y reitero que la presente acción de adopción-caso de excepción (...) es una acción fraudulenta,

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA CAS.
Nº 563-2011
LIMA**

originada desde antes de la misma, en un contrato verbal e irregular y manipulado por los demandantes (...) con el fin de procrear mediante inseminación asistida en mi vientre un hijo con el semen de don Giovanni Sansone (...)” (fojas quinientos sesenta y dos). Aunado a ello se tiene de las copias certificadas del proceso penal Nº 42961-2009 que obra de fojas mil setecientos cincuenta y dos a fojas mil ochocientos ochenta y ocho, se advierte **que paralelamente al proceso que nos ocupa, el veintiocho de setiembre del año dos mil nueve**, el Ministerio Público formalizó denuncia penal contra los demandados, por los delitos de Extorsión y Alteración del Estado Civil de un menor, habiéndose iniciado proceso penal mediante auto de apertura de instrucción de fecha veintiuno de octubre del dos mil nueve (ver folios mil setecientos noventa y tres), proceso en el que el hecho incriminado consiste en que, los demandados habrían planeado desde un inicio ofrecer su “vientre en alquiler” y practicarse una inseminación artificial con el semen del esposo de la denunciante Dina Felicitas Palomino Quicaño y a partir de ello habrían extorsionado a los ahora demandantes con cuantiosas sumas de dinero a fin de que la Demandada Isabel Zenaida no aborte el producto, extorsión que incluso se habría prolongado después del nacimiento de la menor que responde al nombre de Vittoria con la amenaza de frustrar la demanda de adopción que interpuso la parte agraviada (los demandantes) teniéndose que los denunciados habría recibido un total de diecinueve mil ochocientos dólares americanos; asimismo se advierte de dichas copias, que con fecha quince de abril de dos mil diez se realizó la diligencia de confrontación entre Isabel Zenaida Castro Muñoz y Dina Felicitas Palomino Quicaño de la cual trasciende que la segunda de las nombradas, entregó diversas sumas de dinero a la primera, manifestando cada una diferentes montos y motivos respecto de dichas entregas. Así, mientras la preadoptante señaló que lo hizo por cuanto la demandada la amenazó con abortar, esta última indica que recibió el dinero como ayuda económica. Igualmente, al ser preguntada Isabel Castro sobre los motivos de la inseminación, respondió: *“debo manifestar que fueron por dos*

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA CAS.
Nº 563-2011
LIMA**

*motivos, uno por el vínculo familiar que existía, así también acepté con la intención de **mejorar mi situación y viajar a Italia con mi familia**".-----*

DUODÉCIMO.- Que, en suma, la materia de litis ha sido correctamente resuelta no habiéndose infringido norma alguna, pues debe primar el Interés Superior de la Niña, quien se encuentra viviendo con los pre adoptantes desde que contaba con nueve días de nacida, habiéndose acreditado con los informes psicológicos y sociales que la menor se encuentra viviendo en un adecuado ambiente familiar recibiendo el amor de madre de la demandante, quien pese a no tener vínculos consanguíneos con la misma le prodiga todo lo necesario para su desarrollo integral, y el amor de padre por parte del demandante quien sí es padre biológico de la menor, por lo que la carencia moral de los demandantes que alega la recurrente, no es tal justificándose el accionar de los mismos por los imperiosos deseos de ser padres, conducta que no puede ser reprochada dada la conducta que han demostrado al interior del proceso y fuera de éste con la menor; aunado a ello que la carencia moral que alegan no ha sido advertida por el equipo multidisciplinario ni la Asistente Social del Poder Judicial, quienes a fojas mil veintinueve y quinientos setenta y siete respectivamente han emitido informes favorables a la demandante; por lo que dicho argumento también carece de sustento. Teniéndose además, que los demandados han demostrado el poco valor que le dan a la vida y la deplorable manipulación que han intentado hacer con la vida de un ser indefenso que merece toda la protección de sus progenitores y la Ley; debiéndose resaltar además que ha quedado evidenciado el beneficio económico de los demandados con la aceptación de los mismos, pues en ningún momento han negado haber recibido dinero por parte de los demandados, y si bien ha precisado que entregarían a la menor para luego viajar a Italia con su familia y que recibieron dinero por ayuda económica, ante las circunstancias de los hechos dichas alegaciones carecen de coherencia y sustento. Por otro lado, estando a que la menor se encuentra viviendo con los demandantes desde que contaba con nueve días de vida en un ambiente adecuado recibiendo cuidados y amor por parte de éstos, debe primar que los

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA CAS.
Nº 563-2011
LIMA**

identifica como sus padres y arrancarla de su seno familiar a su corta edad resultaría gravemente perjudicial para su vida, además de la descalificación de los padres para ejercer su patria potestad sobre la misma, siendo además la adopción una medida de protección a la luz de los hechos detallados; por lo que en atención al Interés Superior del Niño y el Adolescente consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos de las que somos Estado parte; debe declararse infundado el recurso.-----

4.- DECISIÓN:

Por tales consideraciones expuestas y estando a la facultad conferida por artículo 397 del Código Procesal Civil; declararon:

a) INFUNDADO el recurso de casación de fojas mil novecientos noventa y siete, interpuesto por Isabel Zenaida Castro Muñoz; en consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas mil ochocientos noventa dos su fecha treinta de noviembre del dos mil diez que declara fundada la demanda.

b) DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone con Isabel Zenaida Castro Muñoz y otro, sobre adopción de menor; intervino como ponente, el Juez Supremo señor Ponce De Mier.-

SS.

DE VALDIVIA CANO

HUAMANI LLAMAS

PONCE DE MIER

VINATEA MEDINA

CASTAÑEDA SERRANO

PODER JUDICIAL

DECIMO QUINTO JUZGADO ESPECIALIZADO DE FAMILIA

Expediente Nro. : 183515 - 2006 - 00113.
Especialista : María Ida Torres Yupanqui.
Demandante : Carla Monic See Aurish.
Demandados : Lucero Aurish de la Oliva y otro.
Materia : IMPUGNACION DE MATERNIDAD.
Juez : Dra. Nancy Coronel Aquino

SENTENCIA

RESOLUCION NRO. TREINTA Y UNO.
Lima, seis de enero
Del dos mil nueve.-

TIPO DE PROCESO: PROCESO CONTENCIOSO DE IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD

PARTES DEL PROCESO:

DEMANDANTE: CARLA MONIQUE SEE AURISH

DEMANDADOS: JENNI LUCERO AURISH DE LA OLIVA y don LUIS
EDUARDO MENZO A BARBER

VISTOS: Resulta de autos que por escrito de fojas 1061145, subsanado a fojas 238/241 doña CARLA MONIQUE SEE AURISH interpone demanda de **IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD** la misma que la dirige contra doña JENNI LUCERO AURISH DE LA OLIVA y don LUIS EDUARDO MENZO A BARBER a efectos que el Órgano Jurisdiccional declare:

PRETENSIÓN DE LA DEMANDA:

- i) **Que la menor DANIELA MENDOZA AURISH es hija de la actora al haber sido concebida por su persona y por su esposo Luis Eduardo Mendoza Barber; y**

- II) Se ordene la rectificación de la partida de nacimiento en la que erróneamente se ha señalado que la madre de la citada menor es doña Jenny Lucero Aurish De La Oliva;

... en base a los **fundamentos de hecho** que expone, que esencialmente, son los siguientes:

RELACIÓN DE HECHOS:

MATRIMONIO DE PADRES

1) Que entre los años mil novecientos noventa y dos y mil novecientos noventa y tres conoció al demandado Luis Eduardo Mendoza Barber manteniendo una relación sentimental que se consumó el catorce de junio del dos mil tres, fecha en la cual contraen matrimonio civil;

PROBLEMAS DE SALUD DE LA MADRE QUE LE IMPIDEN A LA PAREJA DE CÓNYUGES CONVERTIRSE EN PADRES

2) Que al ser víctima de constantes dolores de cabeza, con fecha diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho decidió someterse a un examen médico con la finalidad de determinar la causa de sus molestias físicas, hasta que con fecha veintiocho de diciembre del mismo año, el doctor Luís Solari le diagnosticó que padecía de insuficiencia renal y solo contaba con el riñón izquierdo en funcionamiento inadecuado, pues mediante una ecografía, practicada el dieciocho de julio del dos mil cinco, se determinó que tenía "... riñones hipoplásicos de menor tamaño en el lado derecho y retardo de eliminación por el riñón derecho con ligera alteración morfológica de los cálices en ambos riñones ... " enfermedad que se origina a los tres años de edad debido a una leve infección urinaria inadecuadamente atendida que motivó que el riñón derecho se auto cicatrizara dejando así de funcionar por completo, dado lugar aun doble trabajo del riñón izquierdo y por ende el desgaste mas rápido de lo normal, que al diagnosticársele " ... insuficiencia renal Neuropatía por analgésicos y hipertensión arterial... " el médico tratante, doctor Batillana le confirmó que su organismo nunca podría resistir un embarazo, dado que en caso de quedar embarazada la vida de la actora como del embrión no podrían coexistir;

OPCIÓN MÉDICA DE CONCEBIR MEDIANTE FERTILIZACIÓN IN VITRO Y MÉTODO DE MATERNIDAD SUBROGADA

3) Que al no resistir la idea de tener una familia conformada solo por ella y su cónyuge y sabiendo que los procedimientos de adopción en el Perú son engorrosos, decidieron buscar posibilidades científicas, y es así que llegan a la Clínica de Miraflores, siendo atendidas por el doctor Augusto Ascenzo quien les confirmó la posibilidad de emplear el método de "maternidad subrogada", denominado así por el hecho que es otro vientre, distinto a la de la madre, que

da cobijo a un ser humano durante nueve meses, el mismo que ha sido concebido con el óvulo y espermatozoide de una pareja heterosexual distinta a la dueña del vientre que lo albergara;

4) Que habiendo la madre de la actora, Jenny Lucero Aurich De La Oliva, ofrecido su vientre para posibilitar la procreación de un hijo, se realizó el procedimiento de "maternidad subrogada" en cuyo vientre se iba implantar el embrión concebido con las células sexuales de la pareja;

5) Que después de varios procedimientos y exámenes pertinentes, en septiembre del dos mil cuatro se realizó la extracción de los óvulos de su persona, así como los espermatozoides de su cónyuge Luís Eduardo, para llevar a cabo la fecundación In Vitro, que al haberse procedido a la concepción, el embrión fue insertado en el vientre de doña Jenny Lucero Aurich De La Oliva, con un diecinueve por ciento de albergarla exitosamente, culminado la técnica humana del embarazo, el mismo que se llevó con normalidad, hasta que

NACIMIENTO DE LA MENOR

el seis de mayo del dos mil cinco, cuando la niña Daniela tenía siete meses y veinte días de gestación, nace mediante cesárea en la Clínica de Miraflores, y desde aquella fecha ha sido entregada y criada por su persona y la de su esposo en condición de padre de la menor;

INSCRIPCIÓN DE LA MENOR EN LA RENIEC: PARTIDA DE NACIMIENTO

6) Que sin embargo el día que nace su hija, la Clínica de Miraflores consigna en la partida de nacimiento, de manera errónea, que la madre de Daniela era Jenny Lucero Aurich De La Oliva, esto es que, según la partida de nacimiento Daniela y la actora son hermanas e hijas de Jenny Lucero Aurich De La Oliva, lo cual resulta un problema en lo concerniente a la patria potestad, herencia, identidad de la menor y otros supuestos jurídicos más.

FUNDAMENTOS LEGALES EN LOS QUE AMPARA SU DEMANDA:

Ampara su demanda en los

Artículos 2° inciso 1 y 4° de la Constitución Política del Estado;

Artículos 1°, 9°, 20°, 233°, 236° del Código Civil;

Artículos 1, IX del Título Preliminar del Código de Los Niños y Adolescentes; Artículos 6°, 8° del mismo cuerpo legal, y demás normas que allí precisa.

TRAMITACIÓN DE LA DEMANDA

Que tramitada la causa con arreglo a su naturaleza, por resoluciones dos y cuatro, de fojas 244 y 257, **se admite a tramite la demanda de impugnación de maternidad en la vía del Proceso de Conocimiento**, confiriéndose traslado a los demandados por el plazo y apercibimiento de ley;

Por resolución seis, de fojas 279, se tiene por contestada la demanda a don Luís Eduardo Mendoza Barber en los términos que aparecen en su escrito de fojas 250/253, subsanado a fojas 277/278; por resolución siete, de fojas 289, se tiene por contestada la demanda a la co-demandada Jenny Lucero Aurich De La Oliva, en los términos que se contrae sus escritos de fojas 260/264 y 288, declarándose Saneado el Proceso y se cita a las partes a la Audiencia de Conciliación, la misma que tiene lugar en los términos a que se refiere el acta de fojas 318/320, desarrollándose las etapas de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Saneamiento Probatorio; La Audiencia de Pruebas se desarrollo en cuatro sesiones consecutivas, conforme las actas de fojas 363/364, 377/381, 412/418 Y 466/468; que incorporados y actuados todos los medios probatorios, remitido los autos al Ministerio Público para el Dictamen de Ley, evacuado mediante Dictamen de fojas 492/499; y solicitado sentencia, es el momento de expedirla;

CONSIDERANDOS DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Y **CONSIDERANDO**:

Primero: DE LA FINALIDAD DEL PROCESO:

Que conforme el **artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil**, "El juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es **resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre**, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivo los derechos sustanciales y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.", Que en virtud de ello el Juzgador al **resolver las controversias** debe basarse en el mérito de lo actuado, el derecho y la justicia;

Segundo: DE LOS MEDIOS PROBATORIOS:

Que los medios probatorios tienen por finalidad:

- 1) Acreditar los hechos expuestos por las partes;
- 2) Producir certeza en el Juez respecto de los **puntos controvertidos**; y
- 3) Fundamentar sus decisiones, y la valoración de los mismos se realizará en forma conjunta utilizando la apreciación razonada, conforme dispone los artículos 188º y 197º del Código Procesal Civil;

Tercero: DE LA PROCEDENCIA DEL EJERCICIO DE LA ACCION;

PRETENSIÓN DE IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD Y LEGITIMIDAD PARA OBRAR DE LA DEMANDANTE

Que para efectos de emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo de la controversia se hace necesario verificar la validez de la relación jurídica procesal, esto es la preexistencia de los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, y sobre este último, el "interés para obrar", la "legitimidad para obrar" y la "posibilidad jurídica", reguladas en el Artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil en concordancia con el Artículo 427º incisos 1, 2 Y 6 del mismo Código Adjetivo; que en el caso que nos ocupa, la demandante CARLA MONIQUE SEE AURISH pretende se le reconozca el derecho de madre de la niña DANIELA MENDOZA AURISH, cuya procreación, refiere aporte su óvulo genético, el mismo que conjuntamente con espermatozoide de su cónyuge Luís Eduardo Mendoza Barber procreo la referida niña, habiendo la madre de la actora, doña JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA aportado su útero o matriz para albergar al ovulo fecundado In Vitro; para su consiguiente gestación y parto, y estando a que el "interés para obrar" es el derecho que tiene todo Justiciable de auténtica tutela jurisdiccional se cumple esta primera condición del ejercicio de la acción; que con relación a la "legitimidad para obrar", o "legitimación activa", entendida aquella como la relación de identidad entre aquellos que intervienen en la relación jurídica material previa, con la relación jurídica procesal, en el caso que nos ocupa, de la copia certificada del acta de nacimiento de la niña DANIELA MENDOZA AURISH de fojas 99, repetida a fojas 151, fluye como: Datos de la madre: JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA, y Datos del padre: LUIS EDUARDO MENDOZA BARBER, apareciendo el reconocimiento expreso de ambos padres con su firma respectiva, y en consecuencia, desde esta óptica la demandante no se encontraría legitimada para solicitar el reconocimiento de maternidad a su favor máxime que conforme lo dispone el Artículo 395º del Código Civil "El reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable,";

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Que por otro lado, en observancia estricta del principio de legalidad, nuestro Código Civil, en su

Artículo 371º, solo permite impugnar la maternidad en los supuestos: **"Suplantación de hijo" y "parto supuesto"**, lo que no se presenta en el caso de autos; por otro lado, el

Artículo 2º del mismo Código expone "La mujer puede solicitar judicialmente el reconocimiento de su embarazo o del parto, con citación de las personas que tengan interés en el nacimiento.." y el

Artículo 409º establece "La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo."

supuestos que no se presentan el caso sub-materia, y desde aquella óptica dando estricto cumplimiento al Principio de Legalidad, sería imposible jurídicamente impugnar la maternidad de una niña, cuando la actora alega haber aportado con su óvulo para la fecundación de dicha menor, por no encontrarse regulado en nuestro ordenamiento jurídico dicho supuesto fáctico;

Cuarto: A que sin embargo, estando a que nuestro ordenamiento Jurídico positivo con el devenir del tiempo se esta quedando desactualizado, ya que el avance de la ciencia médica biológica viene incorporando a nuestra vida diaria nuevas situaciones fácticas, como en este caso, nuevas técnicas de reproducción humana, que también requieren de protección y amparo jurídico, y el derecho no puede quedar ajeno ante esta realidad existente; que el

Artículo 139º inciso 8 de la Constitución Política del Estado prescribe como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional "El Principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.", lo que obliga al Órgano Jurisdiccional crear el derecho pertinente, a efectos de hacer efectivo el derecho de Tutela Jurisdiccional Efectiva consagrada también en el inciso 3 del citado Artículo Constitucional, y por lo tanto resulta procedente emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, estando al Principio del Interés Superior del Niño y el respeto a sus derechos,y entre ellos, el derecho a preservar su identidad, el derecho al nombre incluido sus apellidos y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin ingerencias ilícitas, el derecho a conocer a sus padres y a ser querido por ellos, y otros mas consagrados en **los Artículos IX y X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, en concordancia con el Artículo 6º del mismo Código, y Artículos 3º, 7º Y 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989, el que forma parte del derecho nacional, al haber sido ratificado por el Perú**

mediante Resolución Legislativa Número 25278 del 3 de Agosto de 1990, máxime que en su Artículo 4 prescribe "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención.";

MATERIA CONTROVERTIDA

Quinto: DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS FIJADOS: Que para dar cumplimiento al Principio de Congruencia Procesal, es preciso connotar los puntos controvertidos fijados en sesión de Audiencia de fojas 318/320, siendo ellos lo siguiente: **Determinar si la demandante es madre de la menor Daniel Mendoza Aurich;**

DE LA MATERNIDAD

Sexto: DE LA MATERNIDAD Según el Diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas, "madre es la mujer que ha dado a luz uno o mas hijos", y en tal sentido, según el Derecho Romano "**mater semper certa est etiam si vulgo conceperit**", es decir "la maternidad será siempre cierta con el solo ver una mujer gestante y después, con el infante en brazos", **concepto que con el avance de la ciencia y con las técnicas de reproducción asistida (TERAS) tendientes a suplir los factores de infertilidad de las personas, ha dejado de ser ciertas en su totalidad, y dicho concepto tradicional con el devenir del tiempo y el avance de la ciencia y tecnología, específicamente la llamada "reprogenética" ha quedado obsoleto;** tal es así que el derecho contemporáneo (Derecho Genético) crea nuevos conceptos de maternidad y por ende representa un problema jurídico con diferentes matices, cuya solución y regulación legal resulta insoslayable para armonizar las relaciones humanas en la sociedad;

DIFERENTES TIPOS DE MATERNIDAD

Que en efecto, según Adriano López, profesor emérito de la UCA. Magíster en Bioética y Miembro del Consejo de Edad de Cádiz, España, considera diversos tipos de maternidad:

Desde una **perspectiva biológica, la maternidad puede ser plena o no plena: en la maternidad biológica** plena la madre biológica gesta al hijo con su propio óvulo; en la no plena o parcial, la mujer puede aportar el útero y la gestación (maternidad de gestación o de parto) o aportar su óvulo u óvulos (madre genética), pero no ambos;

Desde una **perspectiva social, madre es aquella que cría y educa al niño;** Desde el **aspecto jurídico, no hay una correspondencia absoluta entre una madre legal, o una madre biológica o social,** la misma que se determina de acuerdo a la legislación de cada país y de los veredictos judiciales en casos concretos;

En los casos **de adopción, se aplica el nombre de madre adoptante; madre portadora, la que presta su vientre, su útero, para lograr un niño, que luego entregará, la también llamada madre de alquiler o vicaria; y por fin madre nodriza o madre de leche que da de mamar a un niño que no es suyo.**

Que en resumen, **existen tres tipos de madre: madre genética, madre gestacional o de parto y madre social.** Obviamente los tres tipos de madre puede ser la misma persona, el problema radica en las posibles combinaciones. Según el citado autor, **para traer al mundo un niño se necesitan tres ingredientes biológicos diferentes: un óvulo, un espermatozoide y un útero,** cuando falta una de ellos el resultado es la esterilidad.

La ciencia médica ha creado avances importantes, desarrollando técnicas de reproducción asistida, como la fecundación In Vitro con transferencia embrionaria a la madre genética o a terceros, madre portadora, madre de alquiler o madre sustituta. Al respecto, **Enrique Varsi Rospigliosi**, en su obra Derecho Genético, Grijley 4ta. Edición, Lima 2001, Pág. 264, **define los conceptos o formas de maternidad subrogada**

“... a) Madre portadora: La mujer genera óvulos pero tiene una deficiencia uterina o física que le impide gestar por lo que debe buscar otra que colabore con ella en dicha labor biológica. Es un caso solo de préstamo de útero, dándose una maternidad parcial. Se produce **un caso de trigeneración humana:** 1) aporte de espermatozoides del marido, 2) aporte de óvulo de su mujer, 3) la madre gestante es una tercera; b) Madre sustituta: La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir hay deficiencia ovárica por lo que debe buscar una mujer que cumpla con dichas funciones que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso de maternidad integral. Se produce un caso de pregeneración humana: 1) espermatozoides del marido, 2) inseminación en tercera mujer; c) Ovodonación: La mujer tiene deficiencia ovárica, no genera óvulos pero si puede gestar por lo que necesita es una mujer que solo le ceda óvulos. Es un caso de maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana: 1) espermatozoides del marido, 2) óvulo de una mujer cedente; 3) gestación de la mujer; d) Embriodonación: El problema es de infertilidad completa de la pareja. La mujer no genera óvulos ni puede gestar, es decir hay deficiencia ovárica y uterina y el hombre es infértil por lo que deberá buscar un cedente de espermatozoides y una mujer que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso especial de procreación humana integral. Se produce un caso de multigeneración humana: 1) el embrión de una pareja cedente; 2) el marido es infértil, 3) el embrión no es

gestado por su mujer; Que realizado el análisis doctrinario previo, nos preguntamos ¿Cómo se determina la filiación?, dejemos al poder legislativo que legisle dicha materia, en el caso que **nos ocupa nos corresponde determinar ¿quien es la madre de Daniela Mendoza Aurich? o ¿a quien consideramos madre de la citada niña para hacer efectivos sus derechos ampliamente reconocidos en nuestra legislación vigente?**;

ACTUACIÓN DE PRUEBAS

MATRIMONIO DE PADRES GENÉTICOS:

Séptimo:

Que de la revisión de autos fluye, que con fecha catorce de junio del dos mil tres doña **CARLA MONIQUE SEE contrae matrimonio civil con don LUIS EDUARDO MENDOZA BARBER** ante la Municipalidad de Miraflores, conforme la copia certificada del Acta de Matrimonio de fojas 27 y 152; De la copia certificada del Acta de Nacimiento de fojas 99, repetida a fojas 151 fluye,

PARTIDA DE NACIMIENTO DE LA MENOR

NACIMIENTO DE LA MENOR: que con fecha seis de mayo del dos mil cinco **nace la niña DANIELA MENDOZA AURICH, cuyos datos de los padres se encuentran consignados como JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA y LUIS EDUARDO MENDOZA BARBER cuyo reconocimiento expreso obra en el mismo**, apreciándose también que la niña tiene inscrita los apellidos de ambos padres, con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 20° del Código Civil;

INFORME MÉDICO DE LA MADRE GENÉTICA QUE DETERMINA SU IMPOSIBILIDAD DE LLEVAR ADELANTE EL PROCESO DE GESTACIÓN

Octavo: Que de la copia certificada del Informe Médico de fojas 174/175 obra los resultados de los Junta Médica practicada a la paciente CARLA SEE AURICH con fecha diecinueve de Agosto de mil novecientos noventa y ocho que concluye" ... Se trata de un caso de neuropatía por analgésicos (la paciente ingería combinaciones de Cafeína, Aspirina, Paracetamol, etc) ... la paciente padece: 1. Insuficiencia Renal Leve Moderada; 2. Neuropatía por analgésicos; 3. Hipertensión Arterial Secundaria 1 y 2..."; a fojas 159/170 obran los Exámenes Clínicos de Bioquímica, Acido Urico e Orina, Aldosterona, Renina, Hemograma Completo, Proteinograma Electroforetico, y otras practicados por la Clínica Angloamericana en la persona de Carla See Aurich;

De la copia certificada del Informe Médico emitido con fecha veintiocho de Diciembre de mil novecientos noventa y ocho, por el Doctor Luis Solari de la Fuente (fojas 172) fluye "... Conocí a la paciente CARLA SEE AURICH (22 años) el 08 de Julio de 1998, quien me consulto por su episodio de Bronquitis Aguda. Incidentalmente en su examen clínico le detecte presión arterial de 148/96 mm Hg ... o siendo yo el primer médico que le detecto Hipertensión Arterial, procedí a solicitarle una investigación completa para tal diagnostico con particular énfasis en explorar sus riñones y vías urinarias, por ser estos órganos causa frecuente de HTA en personas jóvenes. En su urografía excretora minutada se constato que tiene riñones pequeños, siendo mas pequeño el del lado derecho, con retardo de la eliminación de la sustancia de contraste con éste riñón, presentando también alteración de la morfología calidad de ambos riñones. Además hay reducción de tamaño del polo superior del riñón izquierdo. En la urografía isotópica con radiorenograma se aprecio que el riñón derecho es de aspecto atrófico y solo con esbozo de actividad funcional. El riñón izquierdo tiene lenta fase excretora... Con la evidencia de estar ante un caso de Hipertensión Arterial Nefrogena e Insuficiencia Renal leve moderada, y debido a la juventud de la paciente, dispuse la realización de una junta médica ... para evaluar el caso, definir el origen de los destacado, su tratamiento y evolución ... ";

PROCESO DE FERTILIZACIÓN IN VITRO DEL OVULO DE LA DEMANDANTE CON EL ESPERMA DE SU CÓNYUGE Y TRANSFERENCIA EMBRIONARIA A LA MADRE PORTADORA QUE ES EN REALIDAD SU ABUELA MATERNA

Noveno: Que de las copias de la Historia Clínica del Proceso de Fecundación, embarazo y parto de la menor DANIELA MENDOZA AURICH emitida por la Clínica Miraflores de fojas 179/237 y 333/350 que contiene: Informe Médico sobre el Procedimiento realizado a la paciente Carla Monique See Aurich en dicha institución; **La Historia Clínica de la Aspiración Folicular de la paciente Carla See Aurich; La Historia Clínica de la Transferencia embrionaria a la señora Jenny Aurich De La Oliva; y la Historia Clínica de la cesárea de la señora Jenny Aurich De la Oliva;** fluye, con relación a la demandante CARLA MONIQUE SEE AURICH, con fecha veintinueve de Abril del dos mil cuatro, se determina que tiene veintisiete años de edad, es casada con don Luís Eduardo Mendoza, tratamientos efectuados anteriormente "... tiene insuficiencia renal y el nefrólogo le ha dicho que no puede tener hijos ... usaremos a su mamá para el vientre de alquiler por insuficiencia renal ... "; Con fecha veintidós de mayo del dos mil cuatro (fojas 182) se le practica una Ecografía Ginecológica cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA dice "... UTERO: Anteverso, ligeramente lateralizado hacia la derecha, bordes ligeramente irregulares. OVARIO DERECHO: Micropoliquístico. OVARIO IZQUIERDO: Micropoliquístico Leve. LIQUIDO EN DOUGLAS: Escaso. ..."; con fecha diecinueve de setiembre del dos mil cuatro "... se aspiran 09 ovocitos ... " (fojas 181, 189 Y 346); Con fecha

treinta de Septiembre del dos mil cuatro, el Jefe del Laboratorio del citado Instituto de Ginecología y Fertilidad emite el Informe de Reproducción Asistida "NOMBRE DE LA PACIENTE: Mendoza - See; MÉDICO TRATANTE: Augusto Ascenzo; PROCEDIMIENTO: ICSI; FECHA: 19 de Septiembre del 2004; OVOCITOS OBTENIDOS: 09 (08 MET-II, 1 ATRESICO); OVOSITOS INSEMINADOS/INYECTADOS: 08; OVOCITOS FECUNDADOS: 06; EMBRIONES OBTENIDOS: 06; EMBRIONES TRANSFERIDOS: 03 (6-II, 8-II, 8-II); EMBRIONES CONGELADOS: 03 ... " (Fojas 190); Que del Informe Médico - Nefronológico expedido con fecha nueve de diciembre del dos mil cinco (fojas 25) por el médico tratante, Doctor Cesar Liendo Liendo, relacionado a doña Carla See Aurich, precisa "... La señora Carla See ha sido controlada médicamente de manera ambulatoria y con algunas interurrencias de hospitalización por el suscrito, desde Abril del 2001. Refiriendo la Historia Clínica que desde Diciembre de 1998 se detecta hipertensión arterial asociada a insuficiencia renal crónica estadio leve a moderado... concluyéndose que la causa era dependiente de hipoplasia renal y neuropatía intersticial crónica por consumo de analgésicos en mayo del 2003 el suscrito fue consultado sobre la posibilidad de gestación de la señora Carla See. Se revisó el caso clínico y la evolución laboratorial de la paciente **y se opinó por la NO OPINION FAVORABLE en relación al embarazo**, pues esta situación fisiológica (gestación) tendría la gran posibilidad de ACELERAR el deterioro de la función renal. Al momento actual la señora See es portadora de insuficiencia renal crónica estadio avanzado ... ";

LA MADRE PORTADORA

Décimo: Con relación a doña JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA, con fecha veintiuno de Junio del dos mil cuatro, se determina que tiene cincuenta y cuatro años de edad, a fojas 202 aparece **"... será vientre de su hija..."**; en aquella fecha se le practica la primera ECOGRAFIA OBSTETRICA I-4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "...GESTACION UNICA: de 06 semanas (Por Ecografia); MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES: Normales; CERVIX: Longitud 33 mm; ORIFICIO INTERNO Y EXTRENO: Cerrados; BOTON PLACENTARIO DE INSERCIÓN: Baja. .."; (fojas 203); Con fecha primero de Diciembre del dos mil cuatro, se le practica la segunda ECOGRAFIA OBSTETRICA I-4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "... GESTACION UNICA: de 12 semanas, 02 días (Por Ecografia); MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES: Normales; CERVIX Longitud 33 mm; ORIFICIO INTERNO Y EXTRENO: Cerrados; PLACENTA DE INSERCIÓN: Baja (Previa Total) " (fojas 210); Con fecha trece de Enero del dos mil cinco, se le practica la tercera ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III-4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "... GESTACION UNICA: de 18, semanas, 02 días (Por Ecografia); PODALICO LONGITUDINAL: Dorso Anterior; PLACENTA POSTERIOR DE INSERCIÓN: Baja (previa total). MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES: Normales; BIENESTAR FETAL: Estudio Fluxometrico Doppler Color en Arteria Umbilical: Normal; y ARTERIA

CEREBRAL MEDIA: Normal ... " (fojas 214); Con fecha diecisiete de Febrero del dos mil cinco, se le practica la cuarta ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III-4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es " ... GESTACION UNICA: de 23 semanas, 03 días (Por Ecografía); SITUACIÓN TRANSVERSA DORSO POSTERIOR: circulación del cordón tipo IV (circular simple de cordón); PLACENTA POSTERIOR DE INSERCIÓN BAJA: Previa Total; VENTRICULO LATERAL IZQUIERDO: 09 mm normal; MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES: Normales; BIENESTAR FETAL: Estudio Fluxometrico Doppler color en arteria umbilical normal y arteria cerebral media normal " (fojas 218); Con fecha veintiuno de Marzo del dos mil cinco, se le practica la quinta ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III-4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "... GESTACION UNICA: de 28 semanas (Por Ecografía); PLACENTA POSTERIOR Y LATERAL IZQUIERDA (Prevía marginal); CIRCULAR DE CORODON TIPO II (50 % circular simple de comodón); MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES: Normales; BIENESTAR FETAL: Estudio Fluxometrico Doppler color en arteria umbilical normal y arteria cerebral media normal " (fojas 225 vta.); Con fecha diecinueve de Abril del dos mil cinco, se le practica la sexta ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III-4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "... GESTACION UNICA: de 32 semanas, 01 día (Por Ecografía); CEFALO LONGITUDINAL DORSO POSTERIOR: circular del cordón tipo II (50% circular simple de cordón); BIENESTAR FETAL: Estudio Fluxometrico Doppler color en arteria umbilical normal y arteria cerebral media normal " (fojas 227); que finalmente con fecha cinco de mayo del dos mil cinco, se de practica la última ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "... GESTACION UNICA: de 33 semanas, 05 días (Por Ecografía); CEFALO V LONGITUDINAL DORSO POSTERIOR: Oligodramnios Moderado - Severo. Se recomienda ecografía posterior; MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES: Normales; BIENESTAR FETAL: Estudio Fluxometrico Doppler color en arteria umbilical normal y arteria cerebral media normal " (fojas 237); y así mismo se le determina el examen de Riesgo Quirúrgico, con Diagnostico Preoperatorio: Cesárea (235 y 333), finalmente nace la niña el seis de mayo del mismo año; Que conforme las Anotaciones de la Sala de Operaciones "... Paciente ingresa a SOP para ser intervenida quirúrgicamente de Cesárea por el Dr. Augusto Ascenzo, ... Extraen feto vivo, sexo femenino en buenas condiciones, es atendido por el médico pedriata Dr. De La Piedra luego realizan extracción manual de placenta Completa, no remite a patología por indicación del Dr. Augusto Ascenzo ... Paciente es trasladada a Sala de Recuperación ... " (fojas 342 y 101); siendo dada de alta el nueve de mayo del dos mil cinco, entregándosele el certificado de nacimiento firmado por el médico Dr. Augusto Ascenzo A nombre de la señora Jenny Aurich De La Oliva (fojas 351);

DECLARACIÓN TESTIMONIAL DEL MÉDICO TRATANTE

Décimo Primero: Que según la Declaración Testimonial prestada por don AUGUSTO FELIPE ASCENZO APARICIO **medico tratante que conoció el proceso de fertilización, crecimiento pre natal y nacimiento de la niña DANIELA MENDOZA AURICH, de fojas 377/381, la**

demandante Karla See Aurich si podía concebir pero no podía llevar adelante el embarazo por que sufría de insuficiencia renal y podía llevarla a la muerte, que dicha enfermedad es incompatible con la gestación porque requiere de riñones sanos para poder llevar adelante una gestación de nueve meses; que al narrar el proceso de fertilización de la citada niña, dijo "... al acudir a mi consultorio vi que la única posibilidad de que la señora Carla See pudiera tener un bebe, era extrayéndola sus óvulos juntándole con el esperma del señor Mendoza y así formar embriones humanos, ese proceso se realiza en una incubadora en el laboratorio por tres días, a partir de la concepción hasta la formación de un embrión de 8 células, aclarando que la concepción se realiza en forma inmediata una vez juntados los espermatozoides con el óvulo, el mismo día que aspiramos los óvulos a la señora Carla (09 óvulos de los cuales 08 eran maduros y 01 inmaduro), eso fue el 19 de septiembre del 2004, ese mismo día se le inyectó un espermatozoide a cada óvulo (08 espermatozoides), de los cuales 06 óvulos fecundaron y por lo tanto se obtuvieron 06 embriones, todo esto fue fuera de la incubadora y al día siguiente, y tres días después se transfieren tres embriones al útero de la señora Jenny Aurich y los tres restantes se congelaron, los mismos que pueden seguir su proceso embrionario una vez descongelado en cualquier momento. Ingresando los tres embriones en el útero de la señora Jenny Aurich quien a través de la Hormona Sub Unidad Beta HCG indico que estaba embarazada, desconociendo de cuantos embriones habrían sobrevivido, la misma que siguió su proceso de embarazo, dando a luz el seis de mayo del dos mil cinco por cesárea, teniendo la bebe 07 meses y 20 días, eso fue por que a la mamá le dio hipertensión arterial dada su edad cronológica de cincuenta y **cuatro años de** edad, naciendo la niña en la Clínica de Miraflores y expidiendo la Constancia de Certificado Vivo a quien le atendí el parto del concebido"; Que al preguntarle Si la sangre con la que se alimenta el concebido contribuye con la formación y el desarrollo del embrión, dijo "...si contribuye con la formación y con el crecimiento, mas no con la transformación de los cromosomas o genes que fue procreado a, a modo de ejemplo cuando se inserta embriones de vacas Holteins en vacas criollas (chuscas) nacen terneros cien por ciento Holteins porque la sangre solamente contribuye a su alimento igual que la leche materna... "; Que al preguntarle el Representante del Ministerio Público ¿Quién determina el tipo de sangre que tendrá el feto, el de la madre gestante o de los que han facilitado los cromosomas?, contesto " ... únicamente los que han facilitado los cromosomas, porque la sangre no se mezcla ... "; ¿Si el declarante extrajo los espermatozoides del señor Luís Eduardo Mendoza Barber? Dijo "... él los extrajo en mi presencia una hora antes de aspirar a la señora Carla los óvulos ... "; **Agregando que considera como "madre genética" de la menor Daniela Mendoza Aurich a Carla See Aurich, "padre genético" a Luís Eduardo Mendoza Barber, y a doña Jenny LuceroAurich De La Oliva "incubadora de la niña";**

PRUEBA DE ADN

Décimo Segundo: Que para determinar "con certeza" cual de las dos presuntas madres es la "madre biológica" de la niña Daniela Mendoza Aurich, se dispuso de oficio la realización de la prueba genética de ADN, la de mayor validez científica (fojas 319), la que previo tramite de ley, el Laboratorio de Genética Biomolecular del Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público en informe de fojas 405/407, presenta los siguientes resultados finales: "...que el individuo registrado con el Código de Laboratorio ADN-2007-005-PM1 SEE AURICH, Carla Monique, NO PUEDE SER EXCLUIDA de la presunta relación de parentesco en condición de MADRE BIOLOGICA del individuo registrado con el código de Laboratorio ADN- 2007- 005-H MENDOZA A URICH, Daniela, con respecto al individuo registrado con el Código de Laboratorio ADN 2007-005-P MENDOZA BARBER, Luís Eduardo " y " ... que el individuo registrado con el Código de Laboratorio ADN-2007-005-PM2 AURICH DE LA OLIVA, Jenny Lucero, QUEDA EXCLUIDA de la presunta relación de parentesco en condición de MADRE BIOLOGICA del individuo registrado con el código de Laboratorio ADN 2007- 005 - H MENDOZA AURICH, Daniela, con respecto al individuo registrado con el Código de Laboratorio ADN 2007-005-P MENDOZA BARBER, Luis Eduardo "; Informe Pericial que fue ratificado por los Representantes de dicho Laboratorio del Ministerio Público, en los términos que se contrae el acta de fojas 466/468 y corroborado por el Laboratorio Biolinks, quien practico la misma prueba con las contra-muestras custodiadas por la Corte Superior; cuyos informes, que corren a fojas 473/481 concluyeron "... 1.- No se ha encontrado exclusión de paternidad. El índice de paternidad acumulado asciende a 2,136, que corresponde a una Probabilidad de Paternidad de 99.953202328048%. 2.- Estas cifras corresponden una certeza de paternidad para la prueba. 3.- Por lo tanto, la paternidad biológica del donante de la muestra codificada como ADN 2007-005-P LUIS EDUARDO MENDOZA BARRER (A) sobre el donante de la muestra codificada como ADN 2007- 005 - H DANIELA MENDOZA AURICH (C), es demostrada por el análisis realizado. 4.- Según las normas internacionales sobre prueba de ADN para determinación de maternidad, dos o mas alelos que no coinciden entre el supuesto hijo y la supuesta madre son demostración de exclusión de maternidad, La donante de la muestra codificada ADN-2007-005-PM2 JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA (B) NO ES MADRE BIOLOGICA de la donante de la muestra codificada ADN- 2007- 005 - H DANIELA MENDOZA AURICH (C). 5.- No se ha encontrado exclusión de maternidad. El índice de maternidad acumulado asciende a 1,583'112,135, que corresponde a una Probabilidad de Maternidad de 99.99999996833%. 6.- Estas cifras corresponden a una certeza de maternidad para la prueba. 7.- Por lo tanto, la maternidad biológica de la donante de la muestra codificada como ADN-2007-005-PM1 CARLA MONIQUE SEE AURICH (D) sobre la donante de la muestra codificada como ADN- 2007- 005-H DANIELA MENDOZA AURICH (C), es demostrada por el análisis realizado.";

DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD

DécimoTercero: Que habiéndose determinado objetiva y científicamente, que la demandante Carla Monique See Aurich tiene la calidad de "madre biológica" lo que la doctrina y la ciencia también la califica como "madre genética" de la citada niña, y doña Jenny Lucero Aurich De la Oliva como "madre sustituta", queda determinar jurídicamente a cual de las dos es considerada como "madre de la menor", aquella que aporó sus óvulos y por ende sus genes para la fecundación de la niña ó aquella que albergo en su vientre durante todo la etapa de gestación y alimento a la niña hasta su nacimiento;

LEGALIDAD DEL PROCESO DE REPRODUCCIÓN

Que al respecto la "Ley General de Salud", Ley N° 26842 determina en su Artículo 7° "Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción, asistida, siempre que la condición de "madre genética" y de "madre gestante" recaiga sobre la misma persona... ;

A que sin embargo, ¿como se determina la filiación si las condiciones de "madre genética" y "madre gestante" recaigan sobre diferentes personas?, situación factica que no esta prohibido legalmente, pero tampoco no esta expresamente permitido, y atenor de lo dispuesto en el Artículo 2º inciso 24 letra a) de la Constitución Política del Estado, que regula el Principio de Reserva, en virtud del cual "Nadie esta obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe."; y por consiguiente considerándose lícita tal conducta, solo nos queda determinar si es amparable la pretensión demandada,

considerando que la conducta doña Jenny Lucero Aurich De La Oliva se ha realizado sin fines de lucro, en forma altruista y por amor a su hija Carla Monique See Aurich, como lo afirma en su Declaración de Parte de fojas 414.

DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN POR LA TEORÍA BIOLOGETISTA

Que regresando al concepto tradicional, salvo los casos de adopción, "madre solo hay una" la misma que se determina por la "filiación. biológica", por la identidad sanguínea, por la identidad biológica, que los genes transmiten de padres a hijos, la herencia de los caracteres anatómicos, citológicos funcionales entre los padres y los hijos; **y por lo tanto debe ampararse la pretensión demandada, pese a que en el acta de nacimiento de la niña se encuentra registrada y expresamente reconocida como madre a doña JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA** Y lleva yuxtapuesto a su nombre y luego del primer apellido del padre, el primer apellido de esta; **dejando de aplicar lo dispuesto en el Artículo 395^o del Código Civil;**

LOS EMBRIONES CONGELADOS

Décimo Cuarto: DE LOS EMBRIONES VIVOS CONGELADOS: Que por otro lado, resulta insoslayable emitir pronunciamiento, respecto a lo descubierto durante el curso del proceso; referente a los tres embriones sobrantes del proceso de fecundación In Vitro, los mismos que se encuentran vivos y congelados en los laboratorios de la Clínica Miraflores a cargo del Doctor Augusto Felipe Ascenzo Aparicio; Que conforme lo dispone el Artículo I del Título Preliminar del Código de Los Niños y Adolescentes "Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece, ... "; que en consecuencia reconociéndose "al concebido" calidad de niño y por ende "sujeto de derechos", "libertades" y "protección específica", conforme lo prescribe el Artículo II del Título Preliminar del citado Código, y estando a que conforme lo dispone el Artículo 1º del mismo Código "El niño y el Adolescente tiene derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental."; **Que en consecuencia, estando a que el derecho a la vida, el derecho a crecer y desarrollarse en el seno de una familia, son considerados derechos indisponibles, se hace necesario emitir pronunciamiento de oficio pese a que no ha sido solicitado, ni por las partes, ni por la Señora Representante del Ministerio Público, ni menos aún por la Defensoría del Pueblo** en su escrito de "Amicus curiae" (amigo de la Corte) de fojas 580/592, estando además que conforme el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, en su novena parte establece " ... Teniendo presente, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"... "; norma jurídica supranacional que forma parte de nuestro derecho interno, en mérito a lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado en concordancia con el Artículos 3º de la misma norma legal;

Décimo Quinto: Que en consecuencia no preguntamos **¿Qué hacer con los embriones sobrantes?, ¿Qué medias tomar respecto de los tres concebidos que se encuentran congelados vivos?**, En nuestro país aún no se regula una ley de reproducción humana asistida, que contemple estas situaciones facticas y proteja el derechos de los niños; Analizando el derecho comparado, tomando como base, la legislación española, la Ley 14/2006 sobre "Técnicas de Reproducción Asistida", del veintiséis de mayo del dos mil seis, en su Artículo 11^o establece los diferentes destinos posibles que podrán darse a los embriones crioconservados: 1) Su utilización por la propia mujer o su cónyuge; 2) La donación con fines reproductivos; 3) La donación con fines de investigación; y 4) El cese de su conservación sin otra utilización; De acuerdo a nuestro derecho nacional solo es valido y ética y moralmente aceptable la primera alternativa, dado que las dos siguientes, al considerar al embrión, no sujetos de derecho, sino objeto de derecho, afecta principios elementales de la dignidad humana, dado que la persona es siempre un valor en sí y por sí misma y no puede ser tratada como objeto utilizable, como instrumento o medio, por esta sustantiva razón se le debe respeto desde el primer instante de su existencia, **mas aún que conforme el Artículo 7° última parte de la Ley General de Salud, Ley Número 26842 "Esta prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos."**; La última alternativa, tampoco la consideramos adecuada, por cuanto implica la muerte de los embriones crioconservados lo que conlleva a la vulneración del derecho que tiene todo ser humano a la vida desde su concepción; **que por lo tanto, deben dictarse las medidas adecuadas con la finalidad de hacer efectivo el derecho a la vida, que tiene todo concebido en su calidad de niño**, de conformidad además con lo dispuesto en el Artículo 1° inciso 1° de la Constitución Política del Estado; Que por lo expuesto la: señorita JUEZ del Décimo Quinto Juzgado de Familia de Lima, administrando Justicia a nombre de la Nación.

FALLA: DECLARANDO:

1) FUNDADA la demanda de IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD fojas 106/145, subsanado a fojas 238/241 interpuesta por doña CARLA MONIQUE SEE AURISH contra doña JENNI LUCERO AURISH DE LA OLIVA y don LUIS EDUARDO MENZOA BARBER y en consecuencia **DECLARO: Que la niña DANIELA MENDOZA AURISH es hija de la demandante CARLA MONIQUE SEE AURISH la misma que tiene la calidad de madre de la citada niña;**

2) DISPONGO: Dejar sin efecto la inscripción y reconocimiento efectuado por doña JENNI LUCERO AURISH DE LA OLIVA

como madre de la niña **CARLA MONIQUE SEE AURISH** en el acta de nacimiento de la Municipalidad de Miraflores;

3) **DISPONGO**: La inscripción y reconocimiento de la citada niña por su madre **CARLA MONIQUE SEE AURISH** en el acta de nacimiento de la Municipalidad de Miraflores;

4) **DISPONGO**: La rectificación de los apellidos de la niña, cuyo nombre de hoy en adelante es como sigue **"DANIELA MENDOZA SEE"**, conforme lo dispone el Artículo 20° del Código Civil;

5) **OTORGO**: El plazode **DOS** años a efectos que los justiciables **CARLA MONIQUE SEE AURISH** y **LUIS EDUARDO MENZOA BARBER** hagan efectivo el derecho a la vida que tienen los tres embriones concebidos producto de la fecundación **In Vitro** de sus ovocitos y espermatozoides, que se encuentran vivos y congelados en la Clínica de Miraflores, **sea mediante implantación en el vientre materno de doña CARLA MONIQUE SEE AURISH o una subrogación de vientre de tercera sin fines de lucro**, contados a partir de que la presente quede consentida y/o ejecutoriada;

6) **DISPONGO**: Que vencido dicho plazo, si los citados justiciables no cumplieran precitado mandato, **CURSAR OFICIOS** al Juzgado de Familia Tutelar respectivo y al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (**MIMDES**), según sea el caso, a efectos de que inicie el proceso de abandono de los citados embriones congelados y pueda otorgarse en adopción a padres sustitutos, con la finalidad de hacer efectivo el **"Derecho a la vida"** que tienen dichos embriones en su calidad de **niños** y por ende Sujetos de Derechos y de Protección Específica;

7) **DISPONGO**: Que la Defensoría del Pueblo, en su calidad de **"Amicus curiae"** (amigo de la Corte) y encargado de la Defensa de los Derechos Fundamentales de la Persona Humana, de acuerdo al Artículo 162° de la Constitución Política del Estado y Artículo 1° de su Ley Orgánica, Ley Número 26520, **SUPERVISE** el cumplimiento y la ejecución de la presente sentencia;

8) **DISPONGO**. De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial **ELEVAR EN CONSULTA** a la Sala Constitucional y Social de la Corte

Suprema de la Republica la presente, si no fuese impugnada, vía control difuso, estando a:

1) **La inaplicación del Artículo 395º del Código Civil por considerarlo que existe incompatibilidad en su interpretación con los Artículos 7º y 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño**, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución 44/25, con fecha 20 de noviembre de 1989, y ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa Número 25278 del 03 de agosto de 1990, la misma que forma parte del derecho nacional, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 3º de la Constitución Política del Estado, en concordancia con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de dicha Carta Política;

2) **Haber aplicado el derecho que corresponde al proceso por vacío y deficiencia de la ley**; y

3) **Haber dispuesto de oficio, pese ha no ser parte del petitorio, medidas tendientes a preservar y hacer efectivo el Derecho a la Vida de los tres embriones vivos** que se encuentran congelados en la Clínica de Miraflores, por constituir derechos indisponibles, inaplicando las restricciones dispuestas en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, respecto a la prohibición de fallo "Ultra y Extra Pettita", al prevalecer el Principio y Derecho de la función jurisdiccional de "la observancia del debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva de tres concebidos, indefensos, sujetos de protección y cuidados especiales" conforme lo prescribe el Artículo 138º inciso 3 de la Constitución Política del Estado, en concordancia con el Noveno Preámbulo de la citada Convención sobre los Derechos del Niño.- Notifiquese a las partes; con conocimiento de la Defensoría del Pueblo.-

DES SOURIS ET DES HOMMES

A la recherche du cobaye idéal

Y a-t-il un cobaye idéal pour la recherche ? Aucune réponse ne s'impose. Devrait-on en revanche s'imposer un strict encadrement éthique et, finalement, l'interrogation sur la nature même de la recherche.

Par
**JACQUES
TESTART ***

PRESQUE toutes les spécialités de la recherche en biologie ont recours à l'expérimentation sur l'homme ou l'animal vivants, ou sur des prélèvements réalisés chez ces mêmes sujets. Le plus souvent, l'expérimentation humaine est conduite en milieu clinique par des médecins praticiens — qui ne disposent pas naturellement du « matériel » animal, — tandis que l'expérimentation animale est réalisée dans des centres de recherche, par des chercheurs scientifiques qui n'ont pas accès aux sujets humains. Cette situation explique que le choix du sujet expérimental (animal ou humain) peut différer en fonction de la structure de recherche plutôt que de la question à résoudre elle-même. Aussi se trouve-t-elle posée la nécessité d'une collaboration étroite entre chercheurs et médecins cliniciens afin d'améliorer leur information respective et de déterminer ensemble, et avec l'aide des comités d'éthique, les modalités de la recherche biomédicale.

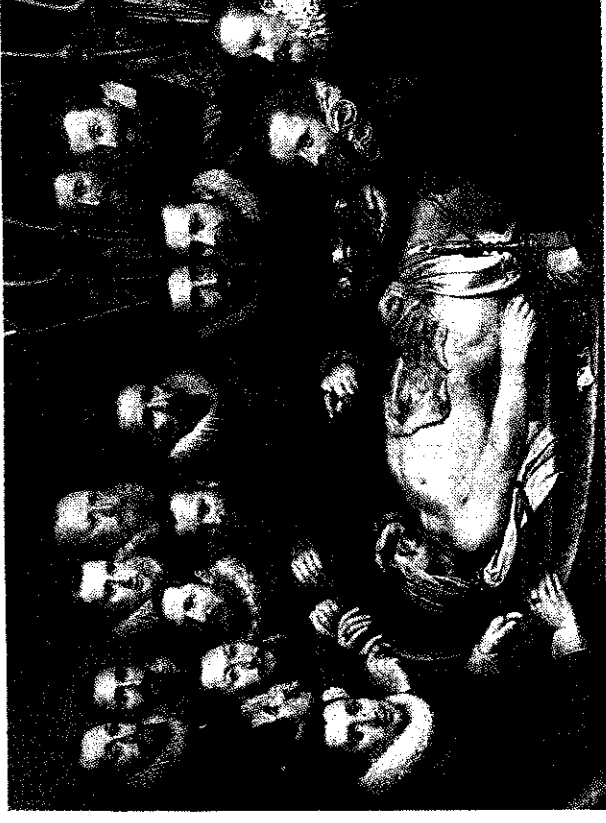
Il est évident, sinon bien connu, que des considérations variées font préférer le modèle humain au modèle animal chaque fois que l'expérimentation humaine est possible. Mon champ d'intervention étant la reproduction, c'est davantage en ce domaine que je prendrai mes exemples. Je crois cependant que l'argumentation peut s'appliquer à de nombreuses orientations de la recherche en biologie.

Soit une recherche qui consisterait à évaluer les effets suspectés d'une substance A, connue pour stimuler l'activité ovarienne, sur d'autres fonctions

liées à la reproduction telles les fonctions hypophysaire et utérine. On cherchera, en particulier, à montrer si les effets de cette substance hors de l'ovaire sont seulement la conséquence de son action ovarienne ou s'ils sont induits directement. Il s'agira donc d'apprécier ces effets soit chez des sujets normaux, soit chez des sujets dépourvus de leur fonction ovarienne, en administrant des doses variées (O, X et 5X) de la substance A, soit six groupes expérimentaux comportant, par exemple, trois individus chacun. Les résultats seront analysés en fonction du degré d'activation des ovaires, s'ils sont présents (nombre de follicules développés, sécrétion dans le sang d'hormones d'origine folliculaire), et des caractéristiques fonctionnelles de l'hypophyse (sécrétion d'hormones gonadotropes), comme de l'utérus (préparation à l'implantation de l'œuf). Les diverses analyses réalisées selon l'espèce considérée ainsi que le coût de cette recherche et son mode de financement sont indiqués dans le tableau ci-dessous.

Il apparaît que, si l'expérience est menée sur des souris, son coût est 2,5 fois moins élevé que si elle est menée sur des femmes (25 528 F au lieu de 64 795 F), mais que le recours au modèle macaque est deux fois plus onéreux (127 570 F) que le recours au modèle humain. Surtout, le financement de la recherche est « épongé » dans la masse des actes de soins réalisés en clinique humaine, tandis qu'il incombe entièrement au budget spécifique de recherche quand il s'agit d'animaux. C'est dire que, en ne considérant que les contraintes économiques liées à la dotation de recherche, l'espèce humaine est un modèle infiniment moins cher que la souris. En dépassant ces considérations économiques, on peut esquisser un répertoire des avantages que le chercheur peut trouver à expérimenter sur l'humain plutôt que sur l'animal.

Notre mission de recherche à la femme à la femme



LEÇON D'ANATOMIE, PAR PIETER MIERVELD (1596-1627)
(Hôpital municipal de Delft, Pays-Bas)

Citradon

des conditions particulières. En toute logique, le niveau du risque ne devrait être affirmé qu'en relation non seulement avec les modifications fonctionnelles de l'organe cible, mais aussi avec celles de l'organisme conçu comme un tout, ce qui est à l'évidence impossible. Ainsi ce que l'on appelle « risque calculé » est-il, au contraire d'un calcul, un pari toujours renouvelé où le sujet occupe la plus large place. Il apparaît aussi que les traumas estimés ou analysés de l'expérimentation humaine ne se réfèrent qu'au soma, négligeant la gêne, les troubles comportementaux ou les effets psychologiques éventuels.

Au bout du compte, l'expérimentation humaine est cautionnée — sinon justifiée — par le « consentement libre et éclairé » obtenu des patients. La loi du 20 décembre 1988 sur « la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales » innove à ce propos puisqu'elle autorise l'expérimentation sur des personnes dans l'incapacité de donner leur consentement et qu'elle admet, d'autre part, le principe de recherches sans bénéfice individuel direct pour le sujet. L'expérimentation hors du libre consentement a été récusée le 19 février 1990 par le comité des ministres du Conseil de l'Europe et, malgré son caractère terroriste, cette proposition ne nous retiendra pas ici, pour avoir été analysée ailleurs (1). Nous ne nous attarderons pas non plus sur la légalisation des recherches quand elles sont sans intérêt direct pour le sujet, pratique fort discutable mais déjà largement répandue avant la loi de décembre 1988.

Ce qui fait surtout courir, et parfois avancer, la recherche sur sujets humains, c'est la facilité d'obtenir l'acquiescement de ces derniers aux propositions médicales. Car, pourvu qu'ils soient demandeurs d'une assistance thérapeutique, les patients sont le plus souvent disposés à consentir à une expérimentation ne comportant pas de risque apparent (ou « aucun risque sérieux prévisible » selon la loi déjà citée). Dans l'exemple que nous avons pris pour l'évaluation des coûts de recherche, c'est le cas des patientes infertiles, qui se voient proposer de participer à une expérimentation par les mêmes médecins qu'elles sollicitent pour résoudre leur problème. Nul doute que la médecine ne les aurait pas

d'un comité d'éthique, l'expérimentation humaine peut être réalisée par tout médecin, sans que soit nécessaire une autorisation spéciale. Il en va autrement de l'expérimentation animale, laquelle nécessite la démonstration de compétences particulières et d'un casier judiciaire vierge (décret 87-848 du 19 octobre 1987). Ainsi, un chirurgien hospitalier ne peut intervenir sur un animal s'il est seulement habilité à opérer des humains...

10. — La manipulation de certains animaux, tels les singes importés, présente des risques de contamination des membres de l'équipe de recherche par des germes mal connus, difficilement détectables et pouvant être à l'origine d'affections graves, sans traitement disponible (exemple l'hépatite B). Au contraire, les sujets humains volontaires sont réputés indemnes d'affections contagieuses à l'issue du bilan préalable.

A partir de ces différents avantages de l'expérimentation humaine compa-

male exige la mise au point et la réalisation de ces mêmes tests avec souvent de grandes difficultés (par exemple il n'existe aucun laboratoire européen capable de réaliser avec fiabilité le dosage des hormones gonadotropes chez le singe).

6. — Le financement des actes biologiques et médicaux réalisés dans le cadre de l'expérimentation humaine, à l'exception rare de technologies d'innovation, n'incombe pas au budget de l'équipe de recherche mais est assuré par la Sécurité sociale. Cela est d'autant plus important dans le domaine de la stérilité, où la prise en charge thérapeutique est intégrale (100 %). Le déguisement des actes liés à la recherche en actes thérapeutiques ou de bilan est usuel, même s'il est rarement justifié. Au contraire, l'expérimentation animale est entièrement à la charge de l'institution de recherche, et sa part non salariale est prélevée sur le budget annuel, souvent fort limité, attribué à l'équipe. Ainsi, toute

1. — L'être humain est doué de raison et de parole. Ainsi la femme peut-elle communiquer aux expérimentateurs des informations utiles. De plus, l'adhésion des patientes à un protocole défini fait qu'elles participent de façon autonome à ses différentes phases, en se rendant aux convocations pour consultation, échographie, prélèvement sanguin, etc.

2. — Il existe, dans l'espèce humaine, des « modèles » physiologiques, naturels ou acquis à l'occasion d'un traitement préalable, et qui peuvent s'avérer d'intérêt dans un protocole d'étude. Ainsi des sujets privés d'un organe (après ovariectomie, hystérectomie, gastrectomie, etc.), ou dotés d'une fonction anormale (acromégalie, diabète, auto-immunité spécifique, etc.). Dans notre exemple d'expérimentation, c'est seulement dans l'espèce humaine qu'on peut recruter des sujets privés de fonctions ovariennes.

3. — Certaines particularités

* Directeur de recherche à l'Institut national de la santé et de la recherche médicale, Paris : auteur de *L'Œuf transparent* (essai), Flammarion, Paris, 1986, et de *Simon l'embaumeur* (roman), Gallimard, Paris, 1988.

humaines autorisées des actes qui restent impossibles chez la plupart des animaux. Ainsi, la dimension des follicules ovariens chez la femme permet leur visualisation par échographie (follicules trop petits chez le macaque ou la souris). Ainsi, l'utérus est facilement atteint par le canal cervical chez la femme (pas chez le macaque ou la souris). Notons aussi que la fécondation *in vitro*, source d'informations biologiques, n'est aisément réalisée que chez les rongeurs et l'espèce humaine.

4. — L'hôpital, cadre privilégié de l'expérimentation humaine, dispose de l'infrastructure idéale pour le logement, l'entretien, les soins spécialisés, les examens divers, les actes chirurgicaux. Locaux, technologies et personnels compétents sont disponibles dans le cadre de l'activité quotidienne. Au contraire le chercheur doit, parfois avec une aide technique réduite, se faire tour à tour animalier, brancardier, anesthésiste, chirurgien, infirmier, histologiste, etc.

5. — La plupart des examens biologiques, indispensables à l'analyse de l'expérience, sont disponibles en routine dans les laboratoires hospitaliers ou les laboratoires d'analyses médicales. En revanche, la recherche ani-

COUT ESTIMÉ (EN FRANCS) ET MODE DE FINANCEMENT D'UNE RECHERCHE SELON LE MODÈLE EXPÉRIMENTAL CHOISI

	Femme (F) Coût Mode	Macaque (M) Coût Mode	Souris (S) Coût Mode
Recrutement des sujets (1) Entretien des sujets (2) Acquisition du traitement (3)	0 0 0	20 970 27 000 0	688 360 180
Évaluation des effets du traitement			
a) Fonction gonadotrope dosages hormonaux (4)	17 780 SS	17 780 R	6 480 R
b) Réponse ovarienne dosages hormonaux (5) échographies (6) contrôle histologique (7)	34 560 6 435 0	34 560 0 21 600	12 960 0 1 800
c) Réponse utérine biopsie (8) contrôle histologique (9)	3 960 3 060 SS	3 600 2 700 R	0 360 R
	64 795 SS	127 570 R	25 528 R

(SS : Sécurité sociale ; R : institution de recherche)

(1) F : recrutement de sujets consentants parmi les femmes infertiles candidates à la fécondation *in vitro* (avec ovaires fonctionnels), ou au don d'ovocytes (sujets privés d'ovaires fonctionnels) et acceptant de participer à l'expérimentation préalablement aux actes thérapeutiques sollicités.

M : achat de 9 macaques cynomolgus (4 660 F chaque, en 1990) qui seront mis en expérience deux fois (avant puis après castration) et perdront la moitié de leur valeur à l'issue de l'expérimentation.

S : achat de 9 souris normales (8,65 F chaque) et de 9 souris castrées (68,80 F chaque).

(2) F : hospitalisation non nécessaire.

M : frais fixes (maintenance, alimentation) estimés à 500 F/mois/animal. Minimum de 6 mois d'entretien pour les 9 femelles (dont 3 mois pour observation de la cyclicité après récep-

tion).

sempse investie en vue d'une recherche donnée prive l'équipe de moyens pour une autre recherche, tandis que dans l'expérimentation clinique le cré-

dit disponible est non limité.

7. — Pourvu que le résultat de l'expérimentation ne soit pas défavorable à l'image du produit testé, il est d'usage qu'une indemnisation, voire une récompense, soit attribuée à l'équipe médicale par le laboratoire pharmaceutique concerné. Cette allocation peut prendre diverses formes, la plus modeste étant la prise en charge de la participation à des congrès où l'expérience sera relatée. Il peut aussi arriver que la gratification proposée (ou espérée) soit le moteur même de l'expérimentation. L'industrie pharmaceutique, si elle accorde parfois une aide à la recherche sur primates non humains, est plus réticente quand on utilise un modèle moins prestigieux, telle la souris.

8. — L'expérimentation humaine, quand elle est possible, est celle qui produit les résultats les plus pertinents en vue d'une application à l'espèce humaine. Elle est ainsi l'occasion de résultats aisément publiables dans les revues médicales et d'interventions dans les congrès professionnels.

9. — Dans les conditions usuelles de l'accord des sujets, et éventuellement

S : 18 femelles en animalerie pendant deux semaines.

(3) F : traitement gracieusement offert par la firme pharmaceutique productrice.

M : on s'est placé dans la même hypothèse que ci-dessus, bien que cette contribution ne soit pas systématique.

S : le plus souvent achat du traitement (ici évaluation forfaitaire : 5 F la dose x).

(4) Les prélèvements sanguins sont réalisés régulièrement entre le début du cycle (administration du traitement) et la période de l'ovulation.

F : prélèvements tous les 2 jours (8 par sujet avec ovaires fonctionnels) et dosage de deux hormones d'origine ovarienne (œstradiol et progestérone) dans chaque échantillon sanguin, soit 144 dosages avec cotation B70.

M : comme précédemment. Le coût des dosages a été estimé identique à celui pratiqué en biologie médicale, bien que leur réalisation incombe au laboratoire de recherche.

S : 3 prélèvements par femelle avec ovaires fonctionnels, et estimation comme pour M.

(5) Même nombre et coût (B70) des dosages pour les hormones gonadotropes et les hormones ovariennes (cf. 4). Cependant, ces dosages sont réalisés aussi chez les animaux castrés et les femmes dépourvues d'ovaires fonctionnels.

(6) Réalisable seulement chez la femme. Forfait échographie ovarienne = K65 par sujet avec ovaires fonctionnels.

(7) Réalisé seulement chez les animaux afin de connaître le nombre de follicules ovariens développés.

M : Coût de la castration : 400 F pour chacune des 9 femelles ; coût de l'analyse histologique : 1 000 F pour chacun des 18 ovaires.

S : analyse histologique évaluée à 100 F pour chacun des 18 ovaires des 9 femelles sacrifiées.

(8) F : acte de biopsie utérine : K20.

M : 9 biopsies réalisées au cours de la castration (aucun coût), puis 9 autres biopsies à l'occasion d'une intervention spécifique par laparotomie (quasi-impossibilité d'atteindre l'utérus par le canal cervical chez le macaque), soit 400 F par biopsie.

S : recueil de l'utérus à l'occasion du sacrifice (aucun coût).

(9) On a seulement retenu ici l'analyse histologique des prélèvements utérins, d'autres analyses utiles (récepteurs hormonaux) n'étant encore pratiques que dans un cadre de recherche, d'où un coût difficile à évaluer et comparable pour l'une ou l'autre des espèces considérées.

F : cotation B 100 pour chacun des 18 prélèvements.

M : assimilation à l'acte de biologie médicale (B 100).

S : comme M.

l'ide à l'expérimentation animale, on conçoit que la tentation soit grande d'intervenir plutôt sur le modèle le plus commode, le moins onéreux et le plus gratifiant. Si cette possibilité reste interdite quand la recherche met clairement en péril la santé des sujets, elle est souvent accessible pour des protocoles estimés non dangereux. Pourtant, cette notion de dangerosité est ambiguë. D'abord, dans la plupart des cas, elle préjuge de la connaissance d'un risque que dont l'expertise ne sera acquise qu'à l'issue de l'expérience elle-même. Il en va ainsi de toute utilisation d'une quelconque molécule quand elle est appliquée pour la première fois ou dans

Saisir les comités d'éthique

Il ne saurait être question de supprimer l'expérimentation humaine, préalable nécessaire à l'usage des thérapeutiques nouvelles et, parfois, source de connaissance. Cependant, il importe que toute recherche sur sujets humains reçoive l'accord d'un comité d'éthique habilité, et que cet accord sur le protocole proposé soit lié à un contrôle réel des conditions de recueil du consentement. Il importe aussi que soit explicitée la condition qui prévoit

que l'expérimentation ne peut « être réalisée autrement » (loi du 20 décembre 1988), c'est-à-dire sur un modèle animal. Dans l'exemple que nous avons développé, l'expérience peut être menée sur des femmes, des singes, des souris ou d'autres animaux. Cependant, on trouverait aisément des arguments pour démontrer que sa portée est infiniment supérieure si les résultats sont obtenus dans l'espèce humaine, qui reste l'ultime modèle médicalement pertinent. Aussi devrait-on concevoir que la plupart des expérimentations humaines soient subséquentes à des pré-expériences sur l'animal, lesquelles seraient menées selon un protocole aussi proche que possible de celui qu'on prévoit dans l'espèce humaine.

L'exigence de « s'assurer au préalable sur l'animal qu'on possède la maîtrise de ce qu'on envisage de faire sur l'être humain » et le risque de justifier l'intervention sur l'humain « parce que cela se fait sur l'animal » ont conduit le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) à proposer « des évaluations périodiques des modèles construits et des recherches en cours sur les animaux, nous permettant ainsi d'apprécier d'avance leurs retombées possibles sur la biomédecine et les problèmes éthiques qu'elles soulèvent, afin de prévenir à temps des choix inopportuns et leur escalade de conséquences indésirables ». Cette proposition du CCNE (décembre 1987) attire l'attention non seulement sur le choix du sujet d'expérience mais sur la nature même de la recherche, y compris quand elle est menée chez l'animal. Voilà une bien belle déclaration qui devrait trouver sa traduction dans les faits. Nous avons voulu évoquer ici la nature multiple des tentations qui font qu'il en va souvent autrement...

(1) Voir l'article collectif, « Pour des états généraux de la biomédecine », *Libération*, 3 février 1989.

□ 26/06/2013 - 22:22 | Clarin.com | Sociedad

MATERNIDAD SUBROGADA

Primera vez en el país: La Justicia inscribió a una nena gestada en un vientre prestado

Una amiga de la madre fue receptora del embrión. El nacimiento fue en abril de 2012 y sus padres dieron una batalla legal para anotarla como propia. El futuro Código Civil avalará casos de este tipo.



EMILIANA MIGUELEZ Familia unida. Maica, Juan y la pequeña B.M. Después de un año, lograron que la Justicia reconociera a la nena como hija de la pareja. /EMILIANA MIGUELEZ

Graciela Gioberchio

B.M. tiene un año y pico. Las tazas y las servilletas de papel de la mesa ratona le gustan mucho más que el patito de goma amarillo que le ofrecen sus papás. El revuelo se detiene con un poco de mamadera, chupete y una minisiesta en brazos de mamá. Los tres están felices, radiantes. No es para menos: hace apenas unos días terminó una batalla legal que permitió que estos papás puedan inscribir a la beba como hija propia. Es el primer fallo judicial sobre “maternidad subrogada” en la Argentina, antes de que esta figura se incorpore al nuevo Código Civil, que aún espera por ser aprobado. Sucede que B.M fue concebida en el vientre de una amiga de la mamá que, desinteresadamente, se ofreció para gestar el embrión, fruto de la pareja.

Nunca antes la Justicia había intervenido en el caso de un bebé concebido en un vientre sustituto en el país. Y mucho menos, ordenado la inscripción del niño como hijo de sus padres biológicos (porque el óvulo y el espermatozoides son de la pareja). Hasta ahora se conocían casos de vientres alquilados en países que tienen legislación específica.

La beba nunca tuvo partida de nacimiento. Sólo el certificado de nacimiento. El miércoles, la jueza Carmen Bacigalupo, del juzgado civil 86, le otorgó al matrimonio la maternidad subrogada. A la beba le hicieron un examen de ADN y se confirmó la filiación biológica de los padres. Ahora la beba tendrá su partida de nacimiento y su DNI.

Juan De Gregorio (44) y Maica Moraes (40) se casaron en 2006. Desde entonces buscaron cumplir el sueño de ser padres. Ella perdió dos embarazos; el segundo alcanzó los seis meses de gestación y en una delicada intervención perdió el útero, aunque pudo conservar los ovarios. Pero sus posibilidades de quedar embarazada

se tornaron nulas. Pensaron en adoptar. Se anotaron. Les dijeron: “Los podemos llamar en meses, años o nunca”. Recuerda Maica: “Ese nunca me movilizó a seguir otro camino”, cuenta en exclusiva a **Clarín**.

La única alternativa que les quedaba era acudir a fertilización in vitro: unir sus óvulos con el espermatozoide de su marido y transferir ese embrión a un vientre prestado. Consultaron para alquilar un vientre en el exterior, pero desistieron por los altos costos.

Hasta que un día llegó la propuesta altruista de la amiga de Maica, una mujer de unos 40 años, separada, dos hijos adolescentes y en pareja. “Es increíble –dice Juan, pensativo y emocionado a la vez–, la ayuda llega por donde menos la esperás”. Sus ojos se humedecen, como los de Mica. Y también los de Fabiana Quaini, la especialista en derecho internacional de familia que los asesoró.

La presentación para que los autorizaran a inscribir a la nena se basó en el artículo 19 de la Constitución, en la Convención de los Derechos del Niño, en el Pacto de San José de Costa Rica y en el anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial aún no tratado.

Maica recuerda cuando su amiga le dijo ‘Te presto mi panza’. “Yo me reía, nunca pensé que me lo había dicho en serio”, dice. La conversación continuó un mes después. Más seria, su amiga le aseguró: “Si puedo calmar tu dolor, de algún modo te voy a ayudar”.

Recién entonces Maica se lo contó a Juan y decidieron mantener una total reserva en la familia. Lo pensaron, una y otra vez. Cada uno lo analizó con su psicólogo. Tomaron la decisión. Llegaron las consultas con los profesionales, los tratamientos hormonales para las dos, la conformación de los embriones en el laboratorio (en 48 horas, sin congelamiento previo) y el momento de la inseminación. El vientre de la amiga de Maica recibió tres embriones. “Preferimos tres a ninguno”, relata Maica. Empezó a crecer uno. B.M. nació por cesárea en un sanatorio porteño en abril de 2012. Pesó 3 kilos. Maica y Juan presenciaron el parto. Cuentan que hasta de los ojos del anestesiista, por debajo del barbijo, brotaban lágrimas. El sueño estaba cumplido, el mismo sueño que ahora la justicia avaló.

Relacionadas

Por ahora, los “alquileres” sólo resultan posibles en el exterior
